

Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

MAX OTTO SIEBENMANN
von Aarau und Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Kägi

1952

Juris-Verlag, Zürich

**Das Recht
auf Erstellung und Reparatur
von elektrischen Hausinstallationen**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

MAX OTTO SIEBENMANN

von Aarau und Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Kägi

1952

Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Mai 1952.

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
§ 1 Begriffliches; Ursachen und Entwicklung der Probleme um die Beschränkungen des Rechts auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen	
I. Begriffliches	11
II. Ursachen und Entwicklung der Probleme; Ueberblick über die Arbeit	14

1. Kapitel

Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit

§ 2 Die Behandlung des Problems in der Rechtsprechung	
I. Rechtsprechung des Bundesrates	17
II. Rechtsprechung des Bundesgerichtes	18
III. Entscheide kantonalen Behörden	23
IV. Ausländische Urteile	26
§ 3 Die Handels- und Gewerbefreiheit	
I. Die Auslegung des Art. 31 BV	27
A. Allgemeines	27
B. Inhalt	28
C. Die Bedeutung der beiden Grundlagen der Handels- und Gewerbefreiheit	47
D. Gegenüberstellung der klassisch-liberalen und der durch soziale Elemente gemässigten liberalen Interpretation des Art. 31 BV	53
II. Der Rechtsschutz der Handels- und Gewerbefreiheit	55
§ 4 Die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit	
I. Die Regalisierungsbeschränkungen	56
A. Die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit einer Regalisierung	56
B. Die unzulässigen Regalisierungen	62
II. Die polizeilichen Beschränkungen	68
A. Die bestehenden Erlasse	68
B. Inhalt der Polizeierlasse	71
§ 5 Die Beschränkungen des Rechtes auf den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit	
I. Die Regalisierungsbeschränkungen	81
A. Die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit einer Regalisierung	81
B. Die unzulässigen Regalisierungen	82
II. Die polizeilichen Beschränkungen	83
A. Die bestehenden Erlasse	83
B. Inhalt der Polizeivorschriften	84

2. Kapitel

Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Haus-
installationen im Verhältnis zu Normen des Privatrechts

§ 6	Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Haus- installationen im Verhältnis zum BG über den unlauteren Wett- bewerb	
	I. Die Anwendbarkeit der Normen des Gesetzes über den un- lauteren Wettbewerb	86
	A. Unter welchen Umständen sind die Normen anwendbar?	87
	B. Welche zivilrechtlichen Normen sind anwendbar?	89
	II. Die Anwendung der Normen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb auf die Tatbestände	93
§ 7	Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Haus- installationen im Verhältnis zu den Gesamtvereinbarungen	
	I. Allgemeine Erwägungen; rechtliche Qualifikation der Ge- samtvereinbarungen	103
	A. Die Gesamtvereinbarung als Vertrag	104
	B. Die Gesamtvereinbarungen als rechtlich unverbindliche Uebereinkunft	108
	II. Die zwischen VSE und dem VSEI getroffenen Abmachungen betreffend die Erteilung von Installationsbewilligungen	108
	A. Charakter und Rechtsnatur der Uebereinkunft	108
	B. Inhalt der Uebereinkunft	109
§ 8	Die Pflicht der Elektrizitätswerke zur Abgabe elektrischer Energie	
	I. Energieabgabepflicht der öffentlichen Werke	113
	II. Energieabgabepflicht der privaten Werke	115



LITERATURVERZEICHNIS

- Baumgartner, J. Die Handels- und Gewerbefreiheit im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Diss. Basel 1924; Manuscript.
- Bernstein, O. Wettbewerbsverstösse der öffentlichen Behörden; in Juristische Wochenschrift, 56. Jahrg. (1927).
- Bertheau, Th. Die bundesrechtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, Diss. Zürich 1895.
- Biermann, J. Rechtszwang zum Kontrahieren; in Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 32 (NF Bd. 20).
- Bietenholz, W. Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1945.
- Bischoff, H. Die iuristischen Personen als Subjekte von öffentlichen Rechten und Pflichten, Diss. Zürich 1918.
- Bühler, W. Begriff und Formen der öffentlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, Diss. Zürich 1928.
- Burckhardt, W. Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1932; (zit. Burckhardt, Kommentar).
- Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung; in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 8.
- Carl, H. Monopolstellung und Abschlusszwang des Versorgungsunternehmers; in Juristische Wochenschrift, 63. Jahrg. (1934).
- Christen, M. Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht, Diss. Bern 1950.
- Cohn, G. Art. 31 der schweizerischen Bundesverfassung betreffend die Freiheit des Handels und der Gewerbe; in Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaften, Bde. 39 (1883) und 40 (1884).
- Dernburg, H. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens, 4. Aufl. Halle 1909. (Bd. 2 von: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens).
- Eder, C. Die Verfassungsmässigkeit der kantonalen und kommunalen Monopolsanstalten auf der Grundlage von Art. 31 der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Heidelberg 1917.
- Engelberger, A. Die Zulässigkeit des Verteilungsmonopols in der Elektrizitätswirtschaft nach Bundes- und kantonalem Recht, Diss. Zürich 1938.
- Feer, H. Der Kontrahierungszwang, Diss. Zürich 1923.
- Fehr, E. Rechtsfragen der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft; in Der schweizerische Energiekonsument, 27. Jahrg. (1947) Nr. 12 und 28. Jahrg. (1948) Nr. 1; auch als Sonderdruck erschienen.
- Die rechtliche Stellung der Elektrizitätsversorgung; in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Jahrg. 1927, Heft 5; S. la ff.
- Fleiner, F. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939.
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1906.
- Frank, L. Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung, Diss. Zürich 1919.
- Germann, O. A. Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945.
- Giacometti, Z. Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Tübingen 1925.
- Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Iudikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924.
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht; Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Dr. F. Fleiner, Zürich 1949 (zit. Fleiner/Giacometti).

- Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Artikeln der Bundesverfassung; in Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, Zürich 1948.
- Gierke, O. von, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 Leipzig 1895, Bd. 3 München und Leipzig 1917.
- Guggenheim, P. Lehrbuch des Völkerrechts, 2 Bde. Basel 1948/51.
- Guhl, Th. Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. Aufl. Zürich 1944.
- Gysin, A. Arbeitsrecht, Zürich 1943.
- Heusser, W. Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem, Diss. Zürich 1949.
- Homburger, E. Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Diss. Zürich 1948.
- Huber, E. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen 1932.
- Hünerwadel, A. Ueber die Organisation und Rechtsstellung der selbständigen öffentlichen Unternehmungen des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1945.
- Imboden, F. Die Handels- und Gewerbefreiheit und die schweizerische Wirtschaftsordnung, Diss. Bern 1948.
- Kägi, W. Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848; in Hundert Jahre schweizerisches Recht, Festgabe zum Centenarium der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1952; auch als Sonderabzug erschienen.
- Kaskel, W. Arbeitsrecht, 4. Aufl. neubearbeitet von Dersch, Berlin 1932.
- Kümmel, H. Fälle der missbräuchlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr und ihre Bekämpfung durch das BGB und das UWG, Diss. Köln 1928.
- Marti, H. Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.
- Mayer, O. Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2 Bde., München und Leipzig 1924.
- Nef, H. Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit; in Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der BV, Zürich 1948.
- Die Handels- und Gewerbefreiheit; Sonderdruck aus der Juristischen Karthothek, Genf 1950.
- Nipperdey, H. Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
- Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmissbrauch, Mannheim 1929.
- Oftinger, K. Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1940.
- Pfleghart, A. Die Rechtsverhältnisse der elektrischen Unternehmungen, Zürich 1905.
- Renggli, P. Das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit in der Schweiz. Bundesverfassung; in Festgabe Schulthess, Zürich 1938.
- Rosin, H. Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg i. B. 1886.
- Schweingruber, E. Das Arbeitsrecht der Schweiz, Zürich 1946.
- Sogemeier, M. Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft; Versammlungsbericht der Kundgebung der Spitzenverbände der Industrie, des Grosshandels, des Einzelhandels, der Landwirtschaft, des Handwerks, des Bank- und Versicherungsgewerbes vom 10. November 1926, Berlin 1926.
- Stricker, L. Der Energielieferungsvertrag; in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 22.
- Troller, A. Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948.
- von Tuhr, A. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. erg. Aufl., herausgegeben von A. Siegwart, Zürich 1942.
- Voigt, H. Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945.
- Wackernagel, J. Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrags; in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Jahrg. 1930, S. 189 ff.

- Weber, E. Das faktische Monopol der Gemeinden auf dem Gebiete der Elektrizitätsversorgung; in Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, 43. Jahrg. (1942), Nr. 7—9; ebenso in Der schweizerische Energiekonsument, 23. Jahrg. (1943), Nr. 2—3; daselbst auch als Sonderdruck erschienen.
- Die Umschreibung der Fachkundigkeit und die Einführung eines Sicherheitszeichens auf dem Gebiete der Hausinstallationen; in SEV-Bulletin, Jahrg. 1949, Nr. 22; auch als Sonderdruck erschienen.
- Zwahlen, H. Le monopole des entreprises électriques pour les installations intérieures; extrait du Journal des Tribunaux, Lausanne 1936.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von A. Egger, 2. Aufl. Zürich 1930.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von M. Gmür, 2. Aufl. Bern 1919.

SAMMLUNGEN VON ENTSCHEIDEN

- Blätter für zürcherische Rechtssprechung; zit. BIZR.
- Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft; zit. BBl.
- Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung seit 1874; zit. BGE.
- Die Praxis des Bundesgerichts, monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts; zit. Praxis.
- Schweizerisches Bundesrecht, Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung, bearbeitet von L. R. von Salis; 2. Aufl. Bern 1903/04, 5 Bde; zit. Salis.
- Schweizerisches Bundesrecht, Staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung, als Fortsetzung des Werkes von L. R. von Salis, bearbeitet von W. Burckhardt; Frauenfeld 1930/32, 5 Bde; zit. Salis-Burckhardt.
- Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden; zit. VE.

- Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen; zit. RGZ.
- Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiet der inneren Verwaltung..., herausgegeben von A. Reger; München 1881—1944; zit. Reger.

ZEITSCHRIFTEN

- Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung; zit. StenBull NR (Nationalrat), StenBull StR (Ständerat).
- Bulletin des Schweizerischen Elektrotechnischen Vereins; zit. SEV-Bulletin.
- Elektroindustrie, offizielles Organ des Verbandes Schweiz. Elektro-Installationsfirmen und der Elektro-Einkaufsvereinigung.
- Der Schweizerische Energiekonsument, offizielles Organ des Schweizerischen Energie-Konsumenten-Verbandes.
- Zeitschrift für Schweizerisches Recht; zit. ZSR.
- Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung; zit. Zentralblatt.
- Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein 1888—1939; zit. JW.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

EINLEITUNG

Vorbemerkungen

Bereits in den Anfangszeiten der Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie erhoben sich Streitigkeiten zwischen den Elektrizitätswerken und dem privaten Installationsgewerbe, die daher rührten, dass die Elektrizitätswerke für sich die Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen beanspruchten. Die Kontroversen sind auch heute noch nicht beigelegt, weshalb nun in dieser Arbeit versucht werden soll, die Probleme um die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen durch die Elektrizitätswerke abzuklären. Dabei werden wir auch etwas über unser eigentliches Thema hinausgreifen und kurz auch ein zweites Problem behandeln, das dem ersten im wesentlichen gleichgeartet ist: Die Elektrizitätswerke pflegten jeweils nicht nur das Recht auf Erstellung und Reparatur von Hausinstallationen zu beschränken, sondern sie beanspruchten ebenfalls die Verfügung über den Verkauf von Energieverbrauchskörpern. So sollen denn auch über dieses letztere Vorgehen der Elektrizitätswerke einige Worte gesagt werden.

Noch etwas bleibt zu bemerken: Es werden in dieser Arbeit Probleme aus ganz verschiedenen Rechtsgebieten zu erörtern sein; wie eben Probleme aus der Praxis sich rechtlich oft als sehr komplex erweisen.

§ 1. Begriffliches; Ursachen und Entwicklung der Probleme um die Beschränkungen des Rechts auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen

I. Begriffliches

Die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen können verschieden ausgestaltet sein: Die Elektrizitätswerke können die Ausführung von Installationsarbeiten monopolmässig für sich vorbehalten¹; sie können sich ferner grundsätzlich die Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen vorbehalten und nach weitgehend freiem Ermessen Konzessionen an private Gewerbetreibende erteilen²; oder sie können endlich das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen nicht für sich beanspruchen und dieses lediglich im Interesse der öffentlichen Sicherheit beschränken³.

Umschreibungen des Begriffes der «Hausinstallationen» finden wir in Art. 16 des BG betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen

¹ Vgl. dazu beispielsweise den in BGE 38 I 62 geschilderten Tatbestand. — Ähnlich auch die Regelung des Art. 5 des Reglementes des Elektrizitätswerkes Küsnacht vom 10. Sept. 1910: «Erstellung, Abänderungen und Reparaturen sämtlicher an das EWK anzuschliessenden Hausinstallationen, ..., sowie Installationen von Elektromotoren, Bügeleisen und anderen Apparaten haben ausschliesslich durch das EWK auf Rechnung des Abonnenten zu geschehen. — Sämtliche Beleuchtungskörper, Motoren, Bügeleisen und andere Apparate sind vom EWK zu beziehen. — Ausnahmsweise kann das EWK die Erstellung von Hausinstallationen durch andere Installateure bewilligen, ...»

² Vgl. dazu beispielsweise Art. 7 Abs. 3 des Reglementes des Elektrizitätswerkes Zofingen vom 5. Juni 1916: «Sämtliche elektrischen Einrichtungen der Anlage eines Stromabnehmers sowie alle Aenderungen und Ergänzungen derselben dürfen nur durch das Werk oder von ihm konzessionierten Firmen erstellt werden.»

Ähnlich wollte das Bundesgericht in BGE 41 I 373 ff. die durch das Elektrizitätswerk Aarau statuierte Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen verstanden wissen.

³ Das System, bei welchem sich das Elektrizitätswerk nicht die Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von Hausinstallationen vorbehält, sondern diese Tätigkeit dem privaten Gewerbe freigibt und nur sicherheitspolizeiliche Vorschriften erlässt, wird von den meisten Elektrizitätswerken der grösseren Städte anerkannt. So interpretierte das Bundesgericht auch in BGE 39 I 187 ff. den Art. 12 des gemeinderätlichen Regulativs von St. Gallen und die Art. 2 f. des Anhanges zu diesem Regulativ.

(EIG) und in Art. 118 der VO über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen (StV).

Art. 16 EIG: Hausinstallationen im Sinne dieses Gesetzes sind solche elektrische Einrichtungen in Häusern, Nebengebäuden und andern zugehörigen Räumen, bei denen die vom Bundesrate gemäss Art. 14 hierfür als zulässig erklärten elektrischen Spannungen zur Verwendung kommen.

Art. 118 StV: Gemäss Art. 13 und 16 des Elektrizitätsgesetzes sind als Hausinstallationen zu betrachten:

- a) alle Niederspannungs-Starkstromanlagen in Haupt- und Nebengebäuden aller Art und in dazugehörigen Räumen.
- b) Niederspannungs-Einzelanlagen mit Stromerzeugung auf eigenem Grund und Boden, die nicht zufolge der Nähe anderer elektrischer Anlagen Betriebsstörungen und Gefährdungen veranlassen können.
- c) Ortsveränderliche und provisorische Anlagen, die an Anlagen gemäss lit. a und b angeschlossen werden.

Den Haushaltinstallationen gleichzustellen sind auch an Niederspannungsnetze angeschlossene Stromverbrauchsanlagen im Freien, in landwirtschaftlichen Betrieben, auf Bau- und Werkplätzen, in Bergwerken, Schaubuden und dergleichen.

Eine noch genauere Darstellung des Begriffes ist wohl nicht erforderlich: Die Kontroverse dreht sich ja um das Moment der Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur der Hausinstallationen, nicht um den Umfang des Begriffes der Arbeiten an Hausinstallationen^{4, 5}.

Die Praxis hat sich in bezug auf unsere Materie nicht eben genau an die von der Verwaltungsrechtslehre aufgestellte Terminologie gehalten. — Der Ausdruck Monopol in seiner allgemeinsten, nicht näher differenzierten Bedeutung besagt, dass die Ausübung einer Tätigkeit nicht für jedermann frei möglich, sondern ausschliesslich bestimmten Subjekten vorbehalten ist. Eine solche Freiheitsbeschränkung kann auf verschiedene Weise zustande kommen: Grundlage für ein Monopol kön-

⁴ Der Vollständigkeit wegen zu erwähnen wäre noch, dass die Installationen vom Eintritt der Leitung ins Gebäude bis zu den Abspannisolatoren oder bis zum Hauptzähler des Gebäudes als «Zuleitungen», nicht als Hausinstallationen im engeren Sinne betrachtet werden, also immer durch das Elektrizitätswerk erstellt werden. Dass ein Stück der Leitungen im Innern der Gebäude (eigentlich entgegen dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen) noch als Zuleitung betrachtet wird, hat seine gute Berechtigung: Es wird ja hier noch kein Strom verbraucht; im Gegenteil, die Werke haben ein beachtliches Interesse daran, dass kein Strom abgezapft wird, der nicht durch den Zähler gemessen wird. Diese Abgrenzung der Hausinstallationen bei den Abspannisolatoren bzw. beim Hauptzähler des Gebäudes ist jedoch nicht von Bedeutung für unser Problem, sondern lediglich für die Verteilung der Installationskosten zwischen Werk und Gebäudeeigentümer.

⁵ Diese Arbeit befasst sich auch nicht mit der ausschliesslichen Berechtigung der Elektrizitätswerke, Zuleitungen vom Werk zu den Gebäuden der Strombezüger zu erstellen. Diese Zuleitung fällt unter die Energieverteilung; über das Verteilungsmonopol der Elektrizitätswerke vgl. BGE 58 I 291 ff.; 40 I 188 ff.; ebenso Engelberger: Die Zulässigkeit des Verteilungsmonopols...; Weber: Das faktische Monopol der Gemeinden auf dem Gebiet der Elektrizitätsversorgung.

nen beispielsweise sein Rechtssätze, dann aber auch wirtschaftliche Vormachtstellung und anderes mehr. Auf eingehende Differenzierungen der Erscheinung «Monopol» ist hier aber nicht näher einzutreten. In dieser Arbeit soll, wenn von «Monopol» die Rede ist, der Begriff in seiner allgemeinsten Bedeutung (also nicht nur als verwaltungsrechtlicher Begriff) verstanden werden.

Ein Monopol im Rechtssinne, ein Regal, liegt dann vor, wenn das Gesetz dem Privaten die Ausübung einer Tätigkeit verbietet und diese der öffentlichen Hand vorbehält⁶. Wesentlich ist hier, dass die Verfügung über das Recht auf Ausübung einer Tätigkeit ausschliesslich dem Staate zukommen soll. Dieses Recht des Staates auf ausschliessliche Ausübung einer Tätigkeit kann an Private delegiert werden. Die Verleihung dieses Rechtes wird dann als Konzession bezeichnet⁷. Entsprechend seiner ausschliesslichen und freien Verfügungsmacht über das Recht auf alleinige Ausübung einer Tätigkeit kann der Staat nach freiem Ermessen über Erteilung oder Nichterteilung einer Konzession befinden.

In gewissem Gegensatz zu Monopol und Konzession stehen Polizeiverbot und Polizeierlaubnis. Die Ausübung einer Tätigkeit kann nicht nur durch eine regalmässige Beschränkung, sondern auch durch den Erlass einer Polizeibehörde behindert sein. Zweck des Erlasses der Polizeibehörde, durch den der Private in seiner Tätigkeit beschränkt oder verhindert wird, ist aber nicht der Vorbehalt eines Rechtes zugunsten des Staates (wie dies bei den Regalien der Fall ist), sondern sein Zweck ist die Sicherung von öffentlicher Ruhe, Ordnung und Sicherheit. Dementsprechend ist dann eine Polizeierlaubnis nichts anderes als die behördliche Feststellung, die Ausübung einer Tätigkeit durch einen Privaten habe keine Störung von öffentlicher Ordnung, Ruhe oder Sicherheit zur Folge⁸.

Nun werden aber die Ausdrücke «Installationsmonopol» und «Installationskonzession» in der Praxis meist nicht im Sinne der Terminologie des Verwaltungsrechtes verwendet⁹. Trotz ihrer Bezeichnung als Konzession ist die «Installationskonzession» oft blosser Polizeierlaubnis. Umgekehrt wird vielfach auch durch die Elektrizitätswerke versucht Installationsmonopole als Polizeiverbote und ihrer Natur nach echte Konzessionen

⁶ Vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 343; Frank S. 30.

⁷ Vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 346; Mayer, Bd. II S. 261.

⁸ Vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 405 ff., 410.

⁹ Vgl. dazu beispielsweise Art. 12 des gemeinderätlichen Regulativs von St. Gallen (s. BGE 39 I 187 ff.).

als Polizeierlaubnisse zu tarnen. Man darf also nicht aus der Verwendung der Ausdrücke auf die iuristische Natur der dahinterstehenden Institutionen schliessen. Obschon die unrichtige Terminologie das Verständnis der Materie nicht erleichtert, hat es dennoch keinen Wert, hier etwas ändern zu wollen; dazu haben sich die unrichtigen Bezeichnungen schon zu sehr eingebürgert.

II. Ursachen und Entwicklung der Probleme um die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen; Ueberblick über die Arbeit

Der Grund, weshalb sich die Elektrizitätswerke¹⁰ die Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen, sei es als Installationsmonopol, sei es als eine in ihrem Ermessen liegende Erteilung der Installationskonzession vorbehalten, ist in Wirklichkeit wohl der: Die Werke unterhalten eigene Installationsabteilungen. Dies ist vom praktischen Standpunkt aus gesehen (eine rechtliche Betrachtung soll vorderhand noch unterbleiben) verständlich. Denn erstens haben die Werke ihre Abonnenten mit Strom zu versorgen. Sollen aber die Strombezüger die elektrische Energie auch verwenden können, muss ihnen jemand die elektrischen Anlagen installieren. Wenn nun das Werk seinen Abonnenten die Installation anbietet, ermöglicht es den Strombezügern, die angebotenen Dienste auch zu nutzen. Zweitens sind die Elektrizitätswerke zur Kontrolle der Hausinstallationen in ihrem Versorgungsgebiete verpflichtet¹¹. Anstatt nun die von privaten Installateuren ausgeführten Arbeiten zu kontrollieren, können die Werke, bzw. deren Angestellte, gleich selbst die Arbeiten ausführen. Auch wird die Kontrolltätigkeit des Angestellten selten seine volle Arbeitszeit in Anspruch nehmen, so dass es naheliegend ist, dass er noch andere Arbeiten verrichtet. Um den Betrieb möglichst rentabel zu gestalten, streben dann die Elektrizitätswerke danach, ihren Installationsabteilungen ein Monopol zu verschaffen¹². — Beansprucht ein Elektrizitätswerk nicht ein Installationsmonopol, sondern lediglich die Berechtigung, frei über die Erteilung einer Installationskonzession zu befinden, liegen die Dinge nur wenig verschieden: Das Werk will sich zwar nicht die

¹⁰ Uebrigens nicht nur die Elektrizitäts-, sondern auch die Gas- und Wasserwerke.

¹¹ Vgl. dazu Art. 26 ElG.

¹² Vgl. dazu BGE 38 I 62; ebenso Zentralblatt 1951, S. 437 f. (Ziff. 4).

ausschliessliche Berechtigung zum Installieren vorbehalten; ähnliche Gründe wie die oben dargelegten führen aber dazu, dass Installationskonzessionen nur nach Bedürfnis erteilt werden.

Unter Elektrizitätswerk ist ferner nicht nur dasjenige Werk zu verstehen, das elektrische Energie produziert, sondern auch dasjenige, welches die Energie vom produzierenden Werk übernimmt und diese an die Strombezüger weiter abgibt. In der Elektrizitätswirtschaft hat sich nämlich eine gewisse Arbeitsteilung herausgebildet: Die grossen Kraftwerke, die Erzeugerwerke, produzieren elektrische Energie, die sie an kleinere Verteilerwerke zur Weiterverteilung abgeben. Die Erzeugerwerke, sind entweder private Kapitalgesellschaften oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Form von Kapitalgesellschaften. Die Verteilerwerke dagegen sind zum grössten Teil kommunale, gelegentlich kantonale Betriebe; meist sind sie in die Form der öffentlichen Anstalt gekleidet; oft auch entbehren sie als blosse Abteilungen der kommunalen (kantonalen) Verwaltung der Rechtspersönlichkeit. Private Verteilerwerke (die allerdings recht selten sind), wählen in der Regel die Form der Genossenschaft für ihre Organisation¹³. Die Werke, die sich das Installieren von elektrischen Anlagen im Innern von Gebäuden vorbehalten, sind beinahe ausnahmslos Verteilerwerke. Das liegt in der Natur der Dinge; es treten eben die Verteiler- und nicht die Erzeugerwerke in Beziehungen zum Energiekonsumenten¹⁴. Da nun die Verteilerwerke mehrheitlich kommunale Werke darstellen, ergibt sich, dass die Werke, die das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen regalmässig zu beschränken versuchen, ebenfalls in der Mehrzahl unter den kommunalen Werken zu finden sind.

Sowohl die Monopolisierungstendenzen der Elektrizitätswerke wie auch die Konzessionserteilungen nach Bedürfnis haben Unzufriedenheit wachgerufen. Zuerst waren es die Gas- und Wasserwerke, die sich die Gegnerschaft der Sanitärinstallateure zuzogen; bald beschwerten sich aber auch die Elektroinstallateure über das Verhalten der Elektrizitätswerke. Bei seinen Beschwerden berief sich das freie Installationsgewerbe

¹³ Die Arbeitsteilung, wie wir sie oben geschildert haben, ist allerdings nicht durchwegs anzutreffen. Sie ist es dort, wo elektrische Energie an Mittel- und Kleinbezüger abgegeben wird. Energiegrosßbezüger werden dagegen ihren Bedarf entweder durch eigene Erzeugungsanlagen oder dann direkt bei den Kraftwerken decken.

¹⁴ Möglich ist allerdings, dass die Verteilerwerke eigene Kraftwerke betreiben; so die Elektrizitätswerke der Grosstädte.

in der Regel auf Art. 31 BV und behauptete, die Werke verletzen durch ihr Verhalten die Handels- und Gewerbefreiheit.

In ihren Entscheiden über die von den Installateuren erhobenen staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung von Art. 31 BV haben aber sowohl Bundesrat als Bundesgericht in der Mehrzahl aller Fälle den Standpunkt der Werke geschützt. Die beinahe ständige Abweisung der Beschwerden der Installateure durch die staatlichen Instanzen hat zwar jene nicht vom Unrecht ihrer Sache überzeugt, hingegen wurde der Weg der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit selten mehr beschritten, die Kontroverse verlegte sich eher auf andere Rechtsgebiete. Die Installateure versuchten, ihre Interessen durch Uebereinkommen mit den Elektrizitätswerken zu schützen: So wurde zwischen dem Interessenverband der Elektroinstallationsfirmen und dem Interessenverband der Elektrizitätswerke ein Abkommen getroffen, das zur Regelung der alten Streitfrage beitragen sollte. Auch wurde das Problem etwa unter privatrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet.

In dieser Arbeit soll nun in einem ersten Kapitel über das Verhältnis zwischen dem Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen und der Handels- und Gewerbefreiheit die Rede sein. In einem zweiten Kapitel wäre dann von den privatrechtlichen Aspekten des Problems zu sprechen. Dabei sollen die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen in ihrem Verhältnis zu den gesetzlichen Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb betrachtet werden; es sollen die Probleme, die sich stellen, wenn die Streitfrage durch Vereinbarungen zwischen Verbänden geschlichtet werden soll, kurz gestreift werden; und schliesslich sollen auch über die mit unserem Problem in Zusammenhang stehenden Beziehungen zwischen Elektrizitätswerk und Energiebezüger hinsichtlich der Energieabgabepflicht einige Worte gesagt sein.

I. Kapitel

DAS RECHT AUF ERSTELLUNG UND REPARATUR VON ELEKTRISCHEN HAUSINSTALLATIONEN IM VERHÄLTNISS ZUR HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

§ 2. Die Behandlung des Problems in der Rechtsprechung

Hier wird in erster Linie von Entscheiden der Bundesinstanzen über staatsrechtliche Beschwerden wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit die Rede sein¹. Dabei ist es nicht leicht, aus der vorliegenden Rechtsprechung Grundsätzliches abzuleiten. Die Praxis ist eigentlich nur insofern mehr oder weniger konstant, als im Ergebnis meist der Standpunkt der Werke geschützt wird. Die Entscheide hingegen sind vielfach verschieden motiviert und nicht alle Erkenntnisse sind unwidersprochen geblieben.

I. Rechtsprechung des Bundesrates

Der Bundesrat² hat in seinem Beschluss vom 19. Juli 1881 in S. Winkler³ als zulässig erklärt, dass ein Gaswerk vorschreibe, ein Installateur dürfe Gasleitungen nur dann installieren, wenn er die Gasmesser beim Gaswerk beziehe. Des weiteren entschied der Bundesrat am 3. Juli 1899 in S. Gosch-Nehlsen⁴, ein Installationsmonopol eines Gaswerkes für Steigleitungen⁵ sei nicht bundesrechtswidrig; und in seinem Be-

¹ Um eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 31 BV erheben zu können, muss der kantonale Instanzenzug erschöpft sein; es liegen daher auch kantonale Vorentscheide vor. Wir wollen uns aber hier nur mit den Endurteilen befassen.

² Das alte Organisationsgesetz vom 22. März 1893 wies in Art. 189 die Beurteilung der staatsrechtlichen Beschwerden wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit dem Bundesrat zu. Durch Novelle vom 6. Oktober 1911 wurde in dieser Materie an Stelle des Bundesrates das Bundesgericht als zur Beurteilung kompetent erklärt. Auch das neue Organisationsgesetz vom 16. Dezember 1943 lässt das Bundesgericht über die diesbezüglichen staatsrechtlichen Beschwerden entscheiden (Art. 84 lit. a).

³ Vgl. Salis Nr. 747.

⁴ Vgl. Salis Nr. 747 a).

⁵ Vgl. S. 12, Note 4. Meines Wissens der einzige Fall, wo die Abgrenzung zwischen «Zuleitung» und «Hausinstallation» streitig war. Als Steigleitung wird dasjenige Stück der Gasleitung bezeichnet, das von deren Eintritt in das Gebäude zu den Gasmessern führt.

schluss vom 5. Juni 1902 in S. Altorfer-Lehmann ⁶ anerkannte er schliesslich die Zulässigkeit eines Installationsmonopoles für die Erstellung von Wasserleitungen. In allen diesen drei Entscheiden wurden die Beziehungen zwischen den Werken und den Abonnenten als privates Rechtsverhältnis, als Vertrag, dargestellt. Daraus ergebe sich, so argumentierte der Bundesrat, dass die Werke in einem solchen Verträge die Abgabe ihrer Erzeugnisse an gewisse Bedingungen knüpfen könnten, so wie das jeder Verkäufer tun könne. Wenn nun durch diese vertraglichen, privatrechtlichen Vereinbarungen einem Dritten (dem Installateur) die Ausübung einer gewinnbringenden Tätigkeit verunmöglicht werde, könne dieser Dritte daraus keine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit ableiten, denn Art. 31 BV biete keinen Schutz gegen privatrechtliche Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit.

Auch das Installationsmonopol des Gemeinde-Elektrizitätswerkes Luzern wurde vom Bundesrat in seinem Entscheid vom 28. November 1905 ⁷ als zu Recht bestehend anerkannt. Wiederum vertrat der Bundesrat die Ansicht, die Monopolklausel in den Energielieferungsverträgen sei als privatrechtliche Willenserklärung zu betrachten, sie sei nicht Ausfluss der mit Zwangsbefugnis ausgestatteten öffentlichen Korporation. Das Gemeinde-Elektrizitätswerk geniesse zwar praktisch eine Vormachtstellung, doch sei dies nicht einem gegen Art. 31 BV verstossenden Monopole gleichzusetzen.

II. Rechtsprechung des Bundesgerichtes

a) Diese Einstellung des Bundesrates zum Problem wurde zunächst durch das Bundesgericht übernommen. Im ersten, die Materie betreffenden bundesgerichtlichen Entscheid, dem Urteil vom 25. April 1912 in S. Walser & Cie. contra St. Gallen ⁸ finden sich dieselben Ueberlegungen, die schon der Bundesrat angestellt hatte: Die Monopolklausel sei kein «behördlicher Erlass», sie sei nicht Ausfluss der «Amtsgewalt» gegenüber Dritten; deshalb sei sie als «privatrechtliche Willenserklärung» zu betrachten, als Erklärung ans Publikum, dass Stromlieferungen nur unter bestimmten Bedingungen erfolgten. Schon deshalb sei hier Art. 31 BV verletzt worden; es wäre im Gegenteil eine Verletzung der Bundes-

⁶ Vgl. Salis Nr. 748.

⁷ Vgl. Salis-Burckhardt Nr. 422.

⁸ Vgl. BGE 38 I 61 ff.

verfassung, wenn die Gemeinden nicht ihre Produkte unter beliebigen Bedingungen abgeben könnten, wie das jeder Gewerbetreibende tun könne⁹. Auch sei nicht die gewinnbringende Ausübung einer Tätigkeit garantiert, sondern bloss die abstrakte Möglichkeit der Ausübung. So verbiete ja die Gemeinde das Installieren nicht, sie benutze bloss ihre tatsächliche Vormachtstellung, um die Konkurrenz aus dem Felde zu schlagen. Es handle sich hier um ein faktisches Monopol, und solche faktischen Monopole seien schon immer als zulässig betrachtet worden.

b) Der Tatbestand, der dem Urteil vom 6. Juni 1913 in S. Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft Basel contra St. Gallen¹⁰ zugrunde lag, war komplizierter. Das Elektrizitätswerk St. Gallen statuierte in seinem Anstaltsregulativ das «Konzessions»-System; das heisst, dass nur Inhaber einer vom Elektrizitätswerk ausgestellten Installationsbewilligung Installationsarbeiten ausführen durften¹¹. Im selben Regulativ wurden auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Installationsbewilligung festgelegt und für Zuwiderhandlungen gegen die Regulativbestimmungen Strafe angedroht. Ein Gesuch der Allgemeinen Elektrizitätsgesellschaft Basel um Erteilung einer Konzession wurde abgewiesen mit der Begründung, es bestehe kein Bedürfnis nach weiteren Installationsfirmen. Da die Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft aber bereits, ohne im Besitze der «Konzession» zu sein, einige Anlagen installiert hatte, wurde das Unternehmen unter anderem «bezüglich nicht konzessionierten Geschäftsbetriebes» in Strafuntersuchung gezogen.

Das Bundesgericht vertrat nun die Ansicht, dieser Tatbestand unterscheide sich wesentlich von dem, der dem Urteil vom 25. April 1912 (BGE 38 I 61 ff.) zugrunde gelegen habe. Damals sei in den Energielieferungsverträgen ein Installationsmonopol ausbedungen worden; hier werde aber nicht ein Monopol beansprucht, sondern es würden grundsätzlich Installationskonzessionen verliehen. So, wie das Regulativ des Elektrizitätswerkes St. Gallen redigiert sei, richte es sich direkt an die Installateure; es sei demnach als behördlicher Erlass zu betrachten. Dies werde übrigens schon dadurch erwiesen, dass ein Strafverfahren eingeleitet worden sei. Das Verhältnis zwischen Elektrizitätswerk und

⁹ Eine Ansicht, die von der Doktrin nicht geteilt und auch vom Bundesgericht selbst wieder in Frage gestellt wurde. Vgl. dazu Bischoff S. 32; Bühler S. 143; Burckhardt, Kommentar S. 228; Fleiner/Giacometti S. 282; BGE 42 I 185; 72 I 21.

¹⁰ Vgl. BGE 39 I 187 ff.

¹¹ Vgl. auch S. 11, Note 3.

Installateur stelle sich hier als ein öffentlichrechtliches dar. Das begründe nun zwar an sich noch keinen Anspruch, doch sei im vorliegenden Fall das Installieren für das private Gewerbe freigegeben worden¹², und wenn dann unter diesen Umständen aus Bedürfnisgründen die Konzessionserteilung verweigert werde, sei das eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit. Es wäre ja dem Elektrizitätswerk möglich gewesen, das Installationsmonopol zu beanspruchen; bei der Wahl des «Konzessionssystems» sei es hingegen verpflichtet, den Verfassungsgrundsatz des freien Wettbewerbes zu respektieren.

C) In seinem Urteil vom 18. November 1915 in S. Landolt-Frei contra Einwohnergemeinde Aarau¹³ schützte das Bundesgericht den Standpunkt des Elektrizitätswerkes Aarau unter folgenden Voraussetzungen: Eine Bestimmung des vom Gemeinderat erlassenen Regulativs besagt, dass Hausinstallationen und Lieferungen von Stromverbrauchsgegenständen nur durch das Elektrizitätswerk oder durch Installateure, welche nach einem vom Gemeinderat aufgestellten Reglement «speziell hiezu ermächtigt sind», ausgeführt werden dürfen. Ein solches, die Konzessionserteilung normierendes Reglement war bisher aber noch nicht ergangen. Dem Rekurrenten Landolt-Frei war ein Gesuch um Konzessionserteilung abgeschlagen worden. Das Bundesgericht führte dazu aus: Es sei hier die Ueberlassung der Installationsarbeiten an das freie Gewerbe nicht vorbehaltlos anerkannt; zwar sei dies vorgesehen, aber nicht durchgeführt. Dieser Umstand rechtfertige eine gegenüber dem in BGE 39 I 187 ff. aufgeführten Fall verschiedene rechtliche Behandlung; mit andern Worten, das Regulativ des Elektrizitätswerkes Aarau unterscheide sich wesentlich von dem des Elektrizitätswerkes St. Gallen. Nun sei ja das Installationsmonopol durch die Praxis anerkannt; im vorliegenden Fall bestehe zwar nicht ein Installationsmonopol, doch sei in einem solchen naturgemäss auch ein weniger weitgehender Ausschluss der privaten Konkurrenz inbegriffen. Ein Ausschluss der privaten Konkurrenz

¹² Das Bundesgericht betrachtete hier als erheblich, dass die Installationstätigkeit dem freien Gewerbe überlassen wurde, und nicht eine (echte) Konzessionierung auf Grund des behaupteten Monopols erfolgte. MaW.: Die Vorschriften des Elektrizitätswerkes St. Gallen wurden als Polizeivorschriften betrachtet. In folgenden Entscheiden (Urteile vom 18. November 1915, 14. Juni 1924 und 27. Januar 1940) nahm das Bundesgericht das Vorliegen einer echten Konzessionierung an; auf Grund dieser Annahme gelangte es dann zu anderen Resultaten als im vorliegenden Fall, wo es die Installationstätigkeit als gänzlich freigegeben betrachtete (auch wenn es dabei unrichtigerweise vom «Konzessionssystem» sprach).

¹³ Vgl. BGE 41 I 373 ff.

dürfe allerdings nur in sachlicher Weise und im Interesse des Werkes bestimmt werden. Dieser Forderung sei aber im vorliegenden Fall Genüge getan, denn die Interessen des Elektrizitätswerkes verlangten eine rationelle Betriebsführung und dies führe naturgemäss zu einer Beschränkung der freien Installationsstätigkeit.

D) Ausführlicher einzutreten ist noch auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 16. Juli in S. Stutz contra Regierungsrat Zürich¹⁴. Das Gemeinde-Elektrizitätswerk Küsnacht beanspruchte für sich grundsätzlich ein Installationsmonopol; ausnahmsweise sollten Installationsarbeiten durch das Privatgewerbe ausgeführt werden können. Einem Gesuch des Rekurrenten Stutz um Erteilung einer Konzession zur Ausführung von Installationsarbeiten wurde nicht entsprochen. Nach erfolglosen Beschwerden bei den kantonalen Instanzen erhob dieser beim Bundesgericht eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 31 BV und bekräftigte seine Ansicht mit einem Rechtsgutachten von Fritz Fleiner. Dieses Gutachten ging davon aus, die Monopolklausel stelle eine Norm öffentlichrechtlicher Natur dar; es stellte weiter fest, dass das Installationsmonopol sowie das Monopol für den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen nur als polizeilich motivierte Monopole zu rechtfertigen wären, dass sich aber unter den gegebenen Verhältnissen gar keine polizeilichen Gründe für eine Monopolisierung anführen liessen. Mit Recht machte Fleiner geltend, die vom Elektrizitätswerk Küsnacht beanspruchten Monopole seien aus rein fiskalischen Gründen statuiert worden; eindrucklich betonte er auch die Notwendigkeit der Anerkennung der öffentlichen Rechtsnatur von kommunalen Elektrizitätswerken und deren Rechtsverhältnissen. Das Bundesgericht erwog: Von vorneherein wäre die Beschwerde abzuweisen, wenn das Elektrizitätswerk als Unternehmen privatrechtlicher Natur betrachtet würde; das entspräche konstanter Rechtsprechung. Das Bundesgericht könnte zwar als Vorfrage prüfen, ob das Elektrizitätswerk Küsnacht als Unternehmen öffentlicher oder privater Rechtsnatur zu gelten habe; das könne aber offen gelassen werden. Denn auch dann, wenn man dem Unternehmen den Charakter einer öffentlichen Anstalt beilege, ginge die Rüge der Verletzung von Art. 31 BV fehl. Es sei ja möglich, dass zwischen Werk und Energiebezüger ein privatrechtliches Verhältnis bestehe, auch wenn das Unternehmen im Verhältnis zu Gemeinde und Staat als öffentlichrechtliches Unternehmen behandelt und durch das öffentliche Recht

¹⁴ Vgl. BGE 47 I 242 ff.

beherrscht werde. Die streitige Bestimmung¹⁵, die dem Werk ein Monopol zuhalte, sei nicht eine allgemeine polizeiliche Verfügung, sondern ein Bestandteil der speziellen Anstaltspolizei. Das ergebe sich daraus, dass die Nichtbeachtung der Bestimmung nur für den Abonnenten unmittelbar von Nachteil sei, während der Dritte (der private Installateur) nur mittelbar geschädigt werde. Es schränke eben jeder gemeinwirtschaftliche Gewerbebetrieb notwendigerweise die freie Ausübung eines Gewerbes ein. So gehe hier in Wirklichkeit der Streit darum, ob und inwieweit gemeinwirtschaftliche Gewerbebetriebe überhaupt gegründet werden dürften. Die Praxis habe sich für die Zulässigkeit dieser gemeinwirtschaftlichen Gewerbebetriebe ausgesprochen; auf jeden Fall würden sie nicht durch Art. 31 BV, sondern höchstens durch kantonales öffentliches Recht verboten. Eine durch die Führung eines gemeinwirtschaftlichen Betriebes entstandene Beschränkung der freien Wirtschaft sei jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn sich für die Führung dieses Betriebes Gründe des öffentlichen Wohles geltend machen liessen. Habe sich nun der Betrieb eines monopolartig geführten Elektrizitätswerkes als zulässig erwiesen, so sei auch nichts dagegen einzuwenden, wenn es sich die Lieferung von Stromverbrauchsgegenständen und die Ausführung der Installationsarbeiten vorbehalte. Es gehe damit nur etwas über seine eigentliche Tätigkeit — (Erzeugung), Verteilung und Zuleitung von elektrischer Energie — hinaus. Dazu komme noch, dass das Werk für die richtige Ausführung der Arbeiten die beste Gewähr biete. Durch das Regiesystem würden wohl Sicherheit und Ordnung besser geschützt als durch blosse polizeiliche Kontrolle. Aus diesen Gründen schützte das Bundesgericht das Installationsmonopol des Elektrizitätswerkes Küssnacht. Fleiner zitiert dieses bundesgerichtliche Erkenntnis «zum abscheulichen Exempel»¹⁶. In der Tat handelt es sich hier um ein Urteil, bei dem in manchen Punkten Kritik durchaus am Platze ist¹⁷.

E) In einer Reihe folgender, nicht mehr veröffentlichter Entscheide hat das Bundesgericht weiterhin die Zulässigkeit des Installationsmonopols anerkannt; ebenso die Zulässigkeit der Verweigerung der Konzession, wenn es galt, das Interesse des Elektrizitätswerkes an der Erzielung eines hinreichenden Gewinnes zu schützen¹⁸. So hat es zum Bei-

¹⁵ Vgl. oben S. 11, Note 1.

¹⁶ Vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 382, Note 27.

¹⁷ So ist insbesondere auf S. 253 der sprachliche Ausdruck unbestimmt und die Argumentation nicht stichhaltig.

¹⁸ Vgl. dazu die Urteile des Bundesgerichtes vom 7. Dezember 1921 in S. Meili

spiel erklärt: «Der Gemeinderat kann... ohne Verletzung der Gewerbe-freiheit oder der Rechtsgleichheit die Erteilung von Konzessionen auf eine bestimmte Zahl beschränken, soweit dies aus sachlichen Gründen geschieht, nämlich zum Zwecke, dem Elektrizitätswerk die für seine Er-tragsfähigkeit notwendige Beschäftigung zu sichern»¹⁹.

Aehnlich nahm das Bundesgericht auch in seinem Urteil vom 21. Fe-bruar 1951 in S. Minder contra Neuchâtel²⁰ Stellung. Es schützte die Monopolisierung und damit auch das Konzessionssystem für das Instal-lieren von Gas- und Wasserleitungen, das heisst, die Erweiterung des Verteilungsmonopoles zu einem Installationsmonopol durch die Ge-meinde. Das Bundesgericht nahm dabei an, diese Massnahme sei «aus Gründen des allgemeinen Wohls» erfolgt, oder, wie es dies näher be-zeichnet, nicht «bloss zu fiskalischen Zwecken».

Wie sich aus der hier aufgeführten Rechtsprechung des Bundesgericht-es ergibt, gesteht dieses den kommunalen Elektrizitätswerken zu, nach freiem Ermessen, das heisst, auch unter Berücksichtigung der Bedürfnis-frage, allerdings unter Ausschluss von Willkür²¹, über das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen zu ver-fügen; mit andern Worten: das Bundesgericht anerkennt das Recht der Elektrizitätswerke auf regalmässige Beschränkung der Installationstätig-keit, sei es, indem das Werk für sich ein absolutes Monopol bean-sprucht, sei es, indem es ein solches grundsätzlich beansprucht und nach freiem Ermessen Installationskonzessionen erteilt.

III. Entscheide kantonaler Behörden

A) Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen hat am 17. Juli 1945 in S. Grossenbacher & Cie. contra Dorfkorporation Flawil entschieden²², es sei fraglich, ob das Installationsmonopol des Elektrizitätswerkes Fla-wil mit Art. 31 BV vereinbar sei. Um solche Monopole zu rechtfertigen,

contra Kreuzlingen, vom 14. Juni 1924 in S. Rüeegg contra Zofingen, vom 16. Juli 1924 in S. Vogel contra Hochdorf, vom 27. Januar 1940 in S. Schweizer contra Zofingen.

¹⁹ Vgl. dazu das Urteil vom 27. Januar 1940 in S. Schweizer contra Zofingen.

²⁰ Publiziert in Zentralblatt 1951, S. 266 ff.

²¹ Dass dem kommunalen Elektrizitätswerk die Anwendung von Willkür ver-boten ist, ist selbstverständlich. Das Bundesgericht drückt dies dadurch aus, dass es für Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von Hausinstallationen «sachliche» Gründe fordert.

²² Dieser Entscheid ist zitiert in BGE 72 I 20 ff.

müssten Gründe des öffentlichen Wohles geltend gemacht werden können. Wenn hingegen dem Monopol nur fiskalische Motive zugrunde lägen, sei ein solches nicht haltbar. In concreto liefere nun das Elektrizitätswerk der Dorfkorporation jährlich namhafte Beiträge aus seinem Gewinn ab; dies dazu noch im Widerspruch mit seinen Statuten, welche vorschrieben, dass allfällige Gewinne zur Verbilligung des Strompreises zu verwenden seien. Aus diesen Erwägungen heraus wurde die Dorfkorporation Flawil verpflichtet, der um eine Installationskonzession nachsuchenden Firma eine solche zu erteilen. Dem Elektrizitätswerk wurde dabei das Recht, selbst Installationsarbeiten auszuführen, nicht abgesprochen.

B) Das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juni 1949 in S. Eggenberger contra Elektra Gams befasst sich mit dem Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen auf der Grundlage von Normen des Privatrechts. Der Kläger machte (wie das Kantonsgericht St. Gallen annahm, zu Recht) keine Verletzung der Art. 4 und 31 BV geltend. Es ist deshalb an dieser Stelle nicht auf das Urteil einzutreten.

C) Der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 27. Juni 1949 in S. Soland contra Bischofszell stützt sich im wesentlichen auf die bundesgerichtliche Praxis; er verneint eine Verpflichtung des Elektrizitätswerkes zur Erteilung einer Installationskonzession und betont die Zulässigkeit eines Installationsmonopoles.

D) Der Zürcher Regierungsrat hat in seinem Beschluss Nr. 713 vom 21. März 1951²³ die Probleme um das Installationsmonopol erneut aufgerollt und dabei mit der heute nicht mehr begründeten Bundesgerichtspraxis in gewisser Hinsicht gebrochen. Dabei werden sowohl die Begründung des Installationsmonopoles durch die privatrechtliche Bedingungstheorie (die den bundesrätlichen und den frühesten bundesgerichtlichen Entscheiden zugrunde liegt) wie auch die Begründung durch sicherheitspolizeiliche Motive und durch die Handels- und Gewerbefreiheit einschränkende öffentliche Interessen anderer Art (entsprechend den späteren Entscheidungen des Bundesgerichts) auf ihre Stichhaltigkeit geprüft. So wird denn abgelehnt, dass die Beziehungen zwischen den kommunalen Elektrizitätswerken als öffentlichrechtlichen Instituten und den Energiekonsumenten dem Privatrecht und damit der

²³ Publiziert in Zentralblatt 1951, S. 434 ff.

Parteiwillkür unterstünden. Es wird festgestellt, dass die kommunalen Elektrizitätswerke nicht unter Berufung auf die Vertragsfreiheit das ihnen zustehende Monopol auf Energielieferung zu einem Monopol auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen erweitern dürfen. Ferner wird den Gemeinden (nach Massgabe des kantonalen Rechts) zwar zugebilligt, dass sie ihren Elektrizitätswerken Installationsbetriebe anschliessen dürften, dass sie aber die Installationstätigkeit nur dann monopolmässig für sich beanspruchen können, wenn dies wirklich durch Gründe des öffentlichen Wohles gefordert werde. Und es wird weiter gesagt, dass das finanzielle Interesse der Gemeinde daran, dass ein dem Werk angeschlossener Installationsbetrieb dem Unternehmen zur Rentabilität verhilft, nicht als Grund des öffentlichen Wohles zu betrachten sei; denn es seien die Gemeinden (nach zürcherischem Recht) verpflichtet, für die Leistungen ihrer Betriebe angemessene Gebühren zu beziehen (so dass die Rentabilität durch die Gebühren, nicht durch andere Einnahmequellen herzustellen sei). Auch die Vollbeschäftigung des Werkpersonals durch Installationsarbeiten sei nur insoweit als Grund für Monopolisierungen anzuerkennen, als der Personalbestand ohne Beeinträchtigung des Betriebes nicht weiter vermindert werden könne. So ergäbe sich, führt der regierungsrätliche Entscheid aus, dass ein Monopol aus Gründen des öffentlichen Wohles nur in seltenen, ausserordentlichen Fällen zulässig sei, nämlich dort, wo die Existenz (und nicht bloss die Rentabilität) des Werkes ohne ein Installationsmonopol in Frage stehe. Endlich werden auch die sicherheitspolizeilichen Beschränkungen der Installationstätigkeit als zulässig anerkannt, und zwar sei als adäquate Massnahme ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt zu betrachten. Dabei seien für Erteilung der Polizeierlaubnis die Vorschriften des Art. 120ter der StarkstromVO massgebend.

Dieser Entscheid des Regierungsrates Zürich ist wohl nicht nur sachlich richtig; sondern er ist vor allem deswegen beachtlich, weil hier eigentlich zum ersten Mal eine Bestimmung des Begriffes des «öffentlichen Wohles», das die Monopolisierung der Installationstätigkeit rechtfertigen soll, nicht nur mit unklaren, oberflächlichen Andeutungen²⁴,

²⁴ Solche unklare, oberflächliche Andeutungen finden sich leider in BGB 47 I 252 ff. und in der auf dieses Urteil abstellenden Praxis von Bundesgericht und kantonalen Behörden. Es ist allerdings zuzugeben, dass der Begriff des öffentlichen Wohles ganz allgemein zwar viel verwendet, aber bis heute noch nie befriedigend abgeklärt wurde. Eine vollständige Begriffsbestimmung kann in einem Gerichtsurteil auch kaum erfolgen. Vgl. auch unten, S. 56 f.

sondern anhand konkreter, wirklichkeitsnaher Ueberlegungen versucht wird.

IV. Ausländische Urteile

Ausländische Urteile können uns wegen der Verschiedenheit der nationalen Rechtsordnungen nicht allzu viel zeigen, es seien aber trotzdem einige in Deutschland ergangene Entscheide aufgeführt:

A. Das preussische Oberverwaltungsgericht betrachtete es (im Jahre 1892) als zulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit, wenn die Gemeindebehörden als Verwalter gemeindlicher Wasser- und Gaswerke den Hausbesitzern Anschlüsse nur unter der Bedingung gewährten, dass diese bei Ausführung von Installationsarbeiten die Arbeitsaufträge an bestimmte, von den Gemeindebehörden bezeichnete Gewerbetreibende erteilten²⁶. Begründet wurde diese Auffassung erstens damit, dass die Gemeinden sich wie jeder Private auf die Gewerbefreiheit berufen könnten²⁷ und denmach die Möglichkeit hätten, gewerbliche Leistungen durch ihnen geeignet erscheinende Personen ausführen zu lassen; als weitere Begründung wurden auch polizeiliche Motive angeführt.

Dieselben Ueberlegungen stellte auch das sächsische Oberverwaltungsgericht in einem dem eben erwähnten ähnlichen Falle an²⁸.

B. In einem Urteil vom 13. April 1912 stellte das Reichsgericht fest²⁹, das Installationsmonopol einer elektrischen Ueberlandzentrale verstosse nicht gegen die Gewerbefreiheit. Das Installationsmonopol erweise sich nicht als allgemeinverbindliche Norm, sondern als Vertragsbestimmung; die Elektrizitätswerke könnten wie jedes Unternehmen den Inhalt ihrer Verträge selbst bestimmen. Es sei zwar zugegeben, dass auf Grund des faktischen Monopoles des Werkes die Tätigkeit des betroffenen Installateurs wesentlich beeinträchtigt werde; dem könne aber unter den gegebenen rechtlichen Verhältnissen nicht abgeholfen werden.

²⁵ Garantiert in der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

²⁶ Zitiert bei Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, 13/221.

²⁷ In Deutschland wird den Gemeinden ein erheblich weitergehendes Recht auf Führung von gewerblichen Betrieben zuerkannt als beispielsweise in Frankreich oder auch in der Schweiz. Deshalb ist diese Begründung des Gerichtes nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, so wie sie es im schweizerischen Recht wäre.

²⁸ Zitiert bei Reger, 32/196.

²⁹ Vgl. RGZ, 79/224.

§ 3. Die Handels- und Gewerbefreiheit

Es kann sich nicht darum handeln, in dieser Arbeit, die sich die Abklärung der Probleme um das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen zum Ziele gesetzt hat, eine Schilderung der Entwicklung und eine eingehende Behandlung aller Aspekte der Handels- und Gewerbefreiheit zu bringen. Wir wollen uns vielmehr auf Grundzüge beschränken und nur auf diejenigen Dinge näher eintreten, die zur Lösung unseres Problems förderlich sind¹.

Bevor wir uns der Auslegung der Verfassungsartikel über die Handels- und Gewerbefreiheit zuwenden, sei noch daran erinnert, dass die Verfassung eines Bundesstaates (neben den organisatorischen Normen) nicht nur eine Regelung der Beziehungen zwischen Staat und Bürger enthält, sondern dass sie ebenso die Beziehungen zwischen Bundesstaat und Gliedstaat normiert. So wird stets geprüft werden müssen, ob eine dem Bunde in der Bundesverfassung zugewiesene Kompetenz eine Berechtigung zum Eingriff in die Freiheit des Bürgers darstellt, oder ob es sich lediglich um eine Kompetenzausscheidung zwischen Zentralstaat und Gliedstaat handelt.

I. Die Auslegung des Art. 31 BV

A. Die Handels- und Gewerbefreiheit wird als Freiheitsrecht des Bürgers gewährleistet². Der seit 1947 bestehende Art. 31 BV garantiert dem Bürger grundsätzlich die gleiche freiheitliche Sphäre wie der Art. 31 der Verfassung von 1874³. Dem Bunde sind allerdings heute noch zusätzlich verschiedene Kompetenzen zuerkannt worden: So einerseits die Befugnis, unter bestimmten, in Art. 31 bis Abs. 3 BV näher festgelegten Umständen in die Freiheit des Bürgers einzugreifen und von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichende Bestimmungen zu erlassen; andererseits wurde in den Art. 31 bis Abs. 2, 31 quater, 31

¹ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung der Handels- und Gewerbefreiheit: Baumgartner S. 2 ff.; Bertheau S. 76 ff.; Cohn, in Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaften, Bd. 39 S. 593 ff., Bd. 40 S. 309 ff.; Eder S. 6 ff.; Frank S. 8 ff.; Imboden §§ 9—12; Burckhardt, Kommentar S. 222 ff.; Fleiner/Giacometti S. 274 ff.; Marti S. 20 ff.; Nef, Der richterliche Schutz . . . S. 191 ff.

² Auf die Streitfrage, ob es sich hierbei um ein subjektives öffentliches Recht oder bloss um eine Reflexwirkung des objektiven Rechts handelt, wollen wir nicht eintreten. Vgl. dazu Baumgartner S. 13; Fleiner, Institutionen S. 172 ff. und dort aufgeführte Zitate. Wesentlich ist, dass für den Bürger ein Rechtsbehelf zur Geltendmachung des gewährten Freiheitsrechtes besteht.

³ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 293 ff.; Nef, iur. Kartotheek, Sonderdruck S. 7.

quinquies und 34 ter eine Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen vorgenommen⁴, die dem Bunde gewisse, bisher den Kantonen zustehende Befugnisse neu (teilweise auch bloss in Erweiterung schon bestehender) zuweist. Wir werden uns in dieser Arbeit hauptsächlich mit dem Art. 31 BV zu beschäftigen haben. Art. 31 bis Abs. 3 BV sowie die übrigen Wirtschaftsartikel der Verfassung sind dagegen für unser Problem nicht näher zu berücksichtigen. Die in Art. 31 bis Abs. 3 BV dem Bunde erteilten Kompetenzen sollen diesem die Möglichkeit geben, die zur Aufrechterhaltung einer gesunden Wirtschaft und zur Aufrechterhaltung der Sicherheit des Landes notwendigen Massnahmen auch dann zu treffen, wenn sie gegen die Handels- und Gewerbefreiheit, die sonst grundsätzlich zu beachten ist, verstossen. Dabei ist ausdrücklich festgehalten, dass es sich um Massnahmen handeln muss, die im Gesamtinteresse liegen, sie dürfen nicht nur einem kleinen Kreis von Bevorzugten zugute kommen. Die Frage, ob die Elektrizitätswerke sich die Ausführung von Installationsarbeiten monopolmässig vorbehalten können, ist nun aber kaum dermassen bedeutend, dass das wirtschaftliche Gleichgewicht der Eidgenossenschaft darob gestört werden könnte; ausserdem werden die wirtschaftslenkenden Massnahmen dem Bunde übertragen, so dass sich eine Gemeinde ohnehin nicht unter Berufung auf Art. 31 bis Abs. 3 BV ein Installationsmonopol sichern könnte. Auch um die wirtschaftsrechtlichen Kompetenzausscheidungsnormen brauchen wir uns hier nicht zu kümmern; wir haben lediglich zu prüfen, ob das in Art. 31 BV gewährleistete Freiheitsrecht durch die Elektrizitätswerke verletzt wird, welche die Ausführung von Hausinstallationsarbeiten entweder monopolmässig an sich ziehen oder nur einem bestimmten Kreis von Gewerbetreibenden gestatten.

B) Art. 31 BV bedeutet nicht, dass jedermann in schrankenloser Willkür jede erdenkliche Tätigkeit ausüben darf. Durch die erwähnte Verfassungsbestimmung erhält der Bürger das Recht, innerhalb eines bestimmten, den Privatpersonen zur Erwerbstätigkeit überlassenen Gebietes seinen Lebensunterhalt nach eigenem Gutdünken und unbehellig von staatlichen Eingriffen unter Ausnutzung seiner individuellen Fähigkeiten, aber unter Rücksichtnahme auf die Mitbürger, zu verdienen.

⁴ Vgl. dazu Marti S. 31.

1. Das Freiheitsrecht steht dem Bürger zu, dem Schweizerbürger. Ausländische Staatsangehörige sind normalerweise bei Gewährleistung von Gegenrecht den Schweizerbürgern gleichgestellt; verbindliche Vorschriften hierüber stellen die allenfalls bestehenden Staatsverträge auf⁵. Bürger eines andern Kantons dürfen nicht anders behandelt werden als Kantonsbürger⁶.

Den physischen Personen sind richtigerweise gleichgestellt die juristischen Personen⁷. Grundsätzlich steht die Handels- und Gewerbefreiheit den Personen beider Geschlechter zu, ebenso den Minderjährigen wie den Volljährigen⁸; auch darf grundsätzlich der Kantonseinwohner nicht gegenüber den nicht im betreffenden Kanton domizilierten Schweizerbürgern bevorzugt werden⁹. Nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen können sich hingegen die Verbände des öffentlichen Rechts^{10, 11}.

⁵ Vgl. dazu: Baumgartner S. 14; Bertheau S. 104; Marti S. 50; Nef, iur. Kartothek, Sonderdruck S. 17; Salis Nr. 594; BGE 47 I 50, 48 I 285; Guggenheim, Völkerrecht Bd. 1, S. 313 f.

⁶ Vgl. dazu: Bertheau S. 103; Marti S. 50, Note 6; Salis Nr. 533. Das ergibt sich sowohl aus Art. 31 Abs. 1 BV, wie aus den Art. 4 und 60 BV.

⁷ Vgl. dazu: Baumgartner S. 16; Bertheau S. 106; Marti S. 52 f.; Nef, iur. Kartothek, Sonderdruck S. 17.

⁸ Von diesen Grundsätzen bestehen natürlich polizeilich bedingte Ausnahmen. Vgl. dazu Marti S. 128. So kann z. B. ein Fabrikgesetz Frauen und Kindern die Nachtarbeit verbieten, ohne dabei gegen die Handels- und Gewerbefreiheit zu verstossen; es können auch Minderjährige von der Führung eines Gewerbebetriebes ausgeschlossen werden, wenn ihnen diejenigen Fähigkeiten mangeln, die zum Betrieb des betreffenden Gewerbes unerlässlich sind, und die ihnen deshalb abgehen, weil sie minderjährig sind; vgl. auch Marti S. 50.

⁹ Als polizeiliche Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit ist aber das Erfordernis eines gewerblichen Domizils statthaft. Vgl. dazu Baumgartner S. 16 ff.; Bertheau S. 104 Ziff. 2; Marti S. 50; Salis Nr. 606.

¹⁰ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 227; Bischoff S. 32; Frank S. 21; Fleiner/Giacometti S. 287 f.; Marti S. 53 f.; unrichtig das Bundesgericht in BGE 38 I 64, richtig in 42 I 185, 72 I 21.

¹¹ Die Verbände des öffentlichen Rechts sind gekennzeichnet durch ihre besondere Beziehung zum Staate. —

Der Staat hat seine Aufgabe grundsätzlich darin zu erblicken, die öffentlichen Interessen wahrzunehmen; und für die Erfüllung dieser Aufgabe stehen ihm ebenso grundsätzlich besondere, von denen der Privaten verschiedene, es stehen ihm spezifisch staatliche Mittel zur Verfügung. Wie der Staat selbst, haben nun auch die Verbände des öffentlichen Rechts die Aufgabe, Gemeininteressen (allerdings nur auf einem speziellen Sachgebiet, nicht wie der Staat selbst, umfassend) wahrzunehmen; für die Erfüllung dieser Aufgabe stehen auch den Verbänden des öffentlichen Rechts die Mittel des Staates zur Verfügung. ◀

Allein, um die Verbände des öffentlichen Rechts von den Subjekten des Privatrechts zu unterscheiden, darf man weder allein darauf abstellen, ob der Verband öffentliche Interessen wahrnimmt (was ihn zu einem Verband des öffentlichen Rechts machen würde), oder ob er private Interessen verfolgt (was ihn als Verband des Privatrechts qualifizierte). Es kommt auch nicht ausschliesslich darauf an, ob der Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben spezifisch staatliche Mittel besitzt oder ob ihm keine solchen Mittel zur Verfügung stehen. Dass den Ver-

2. Das Freiheitsrecht besteht nur innerhalb eines bestimmten, den Privatpersonen zur Erwerbstätigkeit überlassenen Gebietes. Der Private kann vernünftigerweise nicht jede beliebige Tätigkeit ausüben. Es gibt Verrichtungen, die dem Staate vorbehalten bleiben müssen; so wäre es heute beispielsweise undenkbar, das Gerichtswesen, das Erziehungswesen,

bänden, die öffentliche Zwecke verfolgen, auch öffentliche, spezifisch staatliche Mittel zur Verfügung stehen, und dass umgekehrt den Verbänden, die private Interessen verfolgen, immer nur privatrechtliche Mittel zustehen, gilt eben nur grundsätzlich. In Wirklichkeit kommt es auch vor, dass öffentliche Interessen auch durch Privatpersonen ohne Anwendung spezifisch staatlicher Mittel wahrgenommen werden; es kommt vor, dass spezifisch staatliche Mittel ausnahmsweise auch an Privatpersonen verliehen werden. Deshalb ist nun die besondere Beziehung des Verbandes zum Staat nicht in einem einzigen Merkmal allein zu suchen; sondern um die Rechtsnatur abklären zu können ist eine umfassende Wertung der Stellung des Verbandes zum Staate notwendig. Vgl. dazu auch: Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 619 ff.; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 116 ff.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 5 ff.; Hünerwadel S. 26 ff.; BGE 53 II 411. —

Als Indizien für die öffentliche Rechtsnatur eines Verbandes sprechen etwa: Die Erfüllung öffentlicher Interessen, die Möglichkeit der Anwendung spezifisch staatlicher Mittel, die Aufsicht des Staates über den Verband (so ist besonders die Befugnis der Behörden, bei der Bestellung der Verbandsorgane mitwirken zu können, ein gewichtiges Indiz für die öffentliche Rechtsnatur), die Daseinsnotwendigkeit des Verbandes, seine Verpflichtung zur Zweckerfüllung; als weniger wesentliche Indizien für die öffentliche Rechtsnatur können auch noch betrachtet werden: Der Zwang zum Beitritt zum Verband, ein dem Verband auferlegter Kontrahierungszwang, eine Expropriationsbefugnis, Steuerfreiheit des Verbandes, Sonderstellung anlässlich einer Zwangsvollstreckung, etc. Eigentlich sind alle diese eben aufgeführten Indizien mit Ausnahme eines einzigen, nämlich des Interessenkriteriums, nicht Tatsachen, die den Verband zum Subjekt des öffentlichen Rechtes machen. Im Gegenteil: Aus der öffentlichen Rechtsnatur folgt, dass der Verband spezifisch staatliche Mittel zur Zweckerfüllung besitzt, es folgt daraus, dass der Staat über den Verband die Aufsicht ausübt, es folgt daraus die Steuerfreiheit des Verbandes. Aber da das positive Recht in sehr vielen Fällen keine Anhaltspunkte bietet, die Rechtsnatur des Verbandes auf Grund des positiven Rechtes selbst zu bestimmen, sind wir gezwungen, aus den Tatsachen, die eigentlich die Folgen der Rechtsnatur bilden, einen Rückschluss auf die Rechtsnatur vorzunehmen.

Noch etwas sei hier festgestellt: Den Verbänden des Privatrechts wie den Verbänden des öffentlichen Rechtes sind, entsprechend ihrer Rechtsnatur, gewisse Organisationsformen eigen. Die Natur des Verbandes des Privatrechtes bedingt eine bestimmt geartete Rechtsform (AG, GmbH, Genossenschaft), genau wie die Organisationsform der Verbände des öffentlichen Rechtes durch ihre Rechtsnatur vorgezeichnet ist (Anstalt, Korporation). Allein, in neuerer Zeit wird für letztere öfters eine Rechtsform, die eigentlich den Verbänden des Privatrechts eigen ist, gewählt. Die für den Verband gewählte Rechtsform kann aber dessen Rechtsnatur nicht bestimmen. Diese darf höchstens als Indiz für die Beurteilung der rechtlichen Natur eines Verbandes, nicht aber als deren unfehlbarer Ausdruck anerkannt werden. Es sei hier also die Ansicht vertreten, dass die Organisation eines Verbandes als AG, GmbH oder Genossenschaft nicht ausschliesst, dass es sich dabei um einen Verband des öffentlichen Rechtes handelt. Vgl. dazu auch Zentralblatt 1951, S. 436. —

Was nun die uns besonders interessierende Unterscheidung von Elektrizitätswerken privater und solchen öffentlicher Rechtsnatur betrifft, so haben wir bereits

die Instandhaltung der Strassen und Wege und daneben noch viele andere Tätigkeiten ausschliesslich den Privaten zur Ausübung zu überlassen. Der Grund, weshalb diese Tätigkeiten dem Staate vorbehalten werden, liegt in der Hauptsache darin, dass es nicht der Willkür der Privaten überlassen werden soll, ob und wie diese Dinge getan werden; der Staat will dafür Sorge tragen, dass sie in Ordnung ausgeführt werden und zu diesem Zwecke entzieht er solche Tätigkeiten dem privaten Erwerbsleben und macht sie zu Staatsaufgaben. Oft ist allerdings der Vorbehalt der Ausübung einer Tätigkeit zugunsten des Staates auch historisch (Jagd-, Fischerei- und Bergregal) oder gar fiskalisch (Salzregal, Alkoholmonopol des Bundes) begründet. Es ist nun zu untersuchen, wie sich dieses der privaten Erwerbstätigkeit entzogene, vom Staat regalisierte Gebiet zur Handels- und Gewerbefreiheit verhält.

a) Monopole.

α) Dem Geltungsbereich des Art. 31 BV sind entzogen die in der Bundesverfassung namentlich aufgeführten Monopole des Bundes. Aus Gründen der Kompetenzausscheidung zwischen dem Bund und den ursprünglich souveränen Kantonen müssen die Monopole des Bundes einzeln und namentlich in der Bundesverfassung aufgeführt werden. Neben den eigentlichen Monopolen werden zugunsten des Bundes auch noch andere Vorbehalte von der Handels- und Gewerbefreiheit in der Verfassung aufgeführt. Alle diese Vorbehalte und Monopole derogieren als *leges speciales* der *lex generalis* des Art. 31 BV. Als Monopole des Bundes bestehen: Das Postregal (Art. 36 BV), das Telephon-Telegraphenregal (Art. 36 BV), die Eisenbahnkonzessionshoheit (Art. 26 BV), die Konzessionshoheit über den Schifffahrts- und Luftverkehr (Art. 24ter und 37ter BV), das Alkoholmonopol (Art. 32bis BV), das Banknotenmonopol (Art. 39 BV), das Münzregal (Art. 38 Abs. 2 BV) und das Pulverregal (Art. 41 BV)¹². Weitere Vorbehalte von der Handels- und Gewerbe-

einmal angetönt, dass diejenigen Werke, die die freie Ausübung der Installations-tätigkeit zu beschränken pflegen, in der Regel Gemeinde-Elektrizitätswerke, Werke öffentlicher Rechtsnatur sind. Wir verzichten in dieser Arbeit auf eine kasuistische Untersuchung der Rechtsnatur der einzelnen Elektrizitätswerke deswegen, weil damit doch nie restlos alle möglichen Fälle erfasst werden können. Dafür sollen sich aber unsere Untersuchungen nicht nur auf die Verhältnisse bei öffentlichen Elektrizitätswerken beziehen, sondern es werden auch die Verhältnisse bei privaten Werken zu untersuchen sein (der geringeren Bedeutung wegen allerdings kürzer und weniger eingehend).

¹² Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 300 f.

freiheit zugunsten des Bundes enthalten die Zollartikel (Art. 28 und 29 BV), sowie der Getreideartikel (Art. 23bis BV)¹³.

β) Ebenfalls nicht unter den Geltungsbereich des Art. 31 BV fallen die kantonalen Monopole.

αα) Vor der Revision der Wirtschaftsartikel im Jahre 1947 wurde in Art. 31 BV als kantonales Monopol ausdrücklich nur das Salzmonopol erwähnt. Stillschweigend wurden jedoch auch die historischen Regale der Kantone anerkannt: Berg-, Jagd- und Fischereiregal; Wasser- und Strassenhoheit¹⁴; das Unterrichtsmonopol. Umstritten war die Zulässigkeit des Brandversicherungsmonopols. In der Praxis gab der etwas unglücklich formulierte Vorbehalt der kantonalen Monopole zu verschiedenen Differenzen Anlass¹⁵. Es war nämlich streitig, ob die Kantone zu den anerkannten Monopolen hinzu auch weiterhin neue Monopole errichten und dadurch das dem privaten Erwerbsleben überlassene Gebiet einschränken dürften, ohne dadurch die Handels und Gewerbefreiheit zu verletzen, oder ob Art. 31 BV eine Verschiebung der Grenze zwischen dem der privaten Erwerbstätigkeit überlassenen und dem staatlichen Tätigkeitsgebiet durch die Kantone verbiete. Eine zu Ende des letzten und zu Beginn des jetzigen Jahrhunderts weitverbreitete, aber auch später noch vertretene Auffassung behauptete, durch Art. 31 BV werde das Gebiet der den Privaten zur Ausübung überlassenen Erwerbstätigkeit fest umschrieben; eine Einschränkung dieses Gebietes ohne Aenderung der Verfassung sei unzulässig. Es sei demnach nur das, was zur Zeit des Inkrafttretens der Bundesverfassung von 1874 Staatstätigkeit gewesen sei, auch weiterhin als Staatstätigkeit zu betrachten, es dürfe ihr Rahmen nicht auf Kosten des Gebietes des privaten Erwerbslebens erweitert werden. Es waren hauptsächlich Vertreter der klassisch-liberalen Staats- und Wirtschaftslehre, die sich zu dieser Ansicht bekannten¹⁷. Solange sich

¹³ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 296.

¹⁴ Wasser- und Strassenhoheit sind nicht als eigentliche Regale vorbehalten; das Gemeinwesen wird als Privateigentümer von öffentlichem Grund und Boden betrachtet, was ihm die Verfügungsmacht über diesen (soweit nicht öffentliches Recht vorgeht) einräumt. Vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 353 ff. und unten, S. 45, Note 71.

¹⁵ So z. B. der Streit um das Glarner Brandversicherungsmonopol, vgl. dazu Salis Nr. 2381.

¹⁶ Vgl. dazu Engelberger S. 45 ff., 63 ff.

¹⁷ Diesen Standpunkt nahmen vor allem die Versicherungsgesellschaften im Streit um das Glarner Brandversicherungsmonopol ein; vgl. Salis Nr. 2381. Vgl. dazu ferner Bertheau, S. 131, 136; Engelberger S. 64 ff.; Heusser S. 46 ff.; Praxis der Behörden erwähnt bei Nef, iur. Kartothek, Sonderdruck, S. 20 (insbesondere VE Heft 6, Hr. 19).

nun die Verhältnisse noch nicht allzuweit von einer tatsächlich liberalen Wirtschaftsordnung entfernt hatten, liess sich diese Auffassung wohl vertreten. Mit dem Augenblicke aber, da an die Stelle einer wirklich liberalen eine eher sozial betonte Wirtschaftsordnung getreten war, ergab sich die Notwendigkeit einer andern Auslegung von Art. 31 BV. So vertrat Burckhardt die These¹⁸, es könne Art. 31 BV nicht dahingehend interpretiert werden, dass dem Staate jede Möglichkeit der Entwicklung genommen werde, indem sein Aufgabenkreis als ein für alle Mal festgelegt gelte; vielmehr sei die Verstaatlichung eines Gewerbes, wenn sie durch das öffentliche Wohl gefordert werde, zulässig. Die Festlegung des staatlichen Aufgabenkreises auf weite Sicht, so sagte Burckhardt, wäre eine Kurzsichtigkeit gewesen, die dem Gesetzgeber nicht zugemutet werden dürfe. Dass der historische Gesetzgeber vernünftigerweise nicht habe daran denken können, in Art. 31 BV dem Staate zu untersagen, sich weitergehend als in jenem Zeitpunkt üblich war, zu betätigen, ist allerdings nicht so ohne weiteres anzunehmen. Schliesslich legt ja jeder Gesetzgeber in den von ihm erlassenen Normen das nieder, was er als richtig betrachtet, und so wird denn auch ein liberaler Gesetzgeber dem Staat diejenigen Aufgaben zuweisen, welche dieser seiner Ansicht gemäss zu erfüllen hat. Allein, der Auffassung Burckhardts ist trotzdem der Vorzug zu geben; denn auf den Willen des historischen Gesetzgebers ist nicht allzugrosses Gewicht zu legen¹⁹. Mit seinem Inkrafttreten löst sich das Gesetz vom Gesetzgeber; alsdann ist allein der Gesetzestext massgebend, nicht auch die Gesetzesmaterialien. Da nun die Normen einer Verfassung im Allgemeinen Grundsätzliches, und nicht Detailfragen regeln, eröffnet sich der Auslegung der Verfassung ein recht grosses Gebiet; diese Auslegung hat sich dabei nicht starr an den Willen des historischen Gesetzgebers zu halten, sondern die Verfassung ist objektiv-vernünftig auszulegen²⁰. Dadurch ist auch die Möglichkeit gegeben, die Verfassung an veränderte Verhältnisse im Rahmen ihrer Grundgedanken anzupassen, damit sie nicht zum toten Buchstaben werde²¹.

Der Gefahr, dass sich der Staat in der Folge nach Belieben und Willkür gewisse Tätigkeiten vorbehalten würde, um sie fiskalisch auszunutzen, und dass er damit die Handels- und Gewerbefreiheit illusorisch machen könnte, will Burckhardt dadurch begegnen, dass er für die

¹⁸ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 229.

¹⁹ Vgl. dazu Burckhardt, Methode und System S. 276 ff.; Lücken S. 64 ff.

²⁰ Vgl. dazu Burckhardt, Lücken S. 74 ff.

²¹ Zu diesen Problemen auch Giacometti, Auslegung S. 4 ff.

Monopolisierung die gesetzliche Grundlage fordert²² (wie es das kantonale Verfassungsrecht vorsieht), dass er ferner für die der Privatwirtschaft entzogenen Tätigkeitsgebiete nicht zulässt, dass sie zum Gegenstand einer Verleihung gemacht werden²³, und dass er schliesslich, wie erwähnt, für jede Einschränkung des Gebietes der privaten Erwerbstätigkeit als *conditio sine qua non* fordert, dass sie durch das öffentliche Wohl gefordert werde²⁴. Die von Burckhardt vertretene Ansicht ist in der Praxis zur herrschenden Lehre geworden²⁵; leider hat aber diese Praxis die Lehre Burckhardts nicht in allen Punkten übernommen. So hat insbesondere der Staat sich gerne auf Burckhardts Ansichten berufen, wenn es darum ging, die Verfassungsmässigkeit eines nicht namentlich in der Verfassung aufgeführten kantonalen (kommunalen) Monopols darzutun; derselbe Staat zeigte sich aber wesentlich weniger an den Forderungen der gesetzlichen Grundlage und an der Unzulässigkeit einer Verleihung (Konzession) für monopolisierte Tätigkeiten interessiert²⁶.

ββ) Durch die Revision der Wirtschaftsartikel im Jahre 1947 wurden nun die kantonalen Regale in Art. 31 BV Abs. 2 BV, letzter Satz, allgemein vorbehalten. Dadurch hat die bis anhin herrschende Lehre rechtliche Anerkennung gefunden²⁷. Durch die neue Fassung des Vorbehaltes der kantonalen Regale wollte man die Differenzen, die sich bei der Interpretation des früheren Wortlautes von Art. 31 BV ergeben hatten, in Zukunft ausschalten²⁸. Man hat aber bei der Redaktion des neuen ebenfalls keine allzuglückliche Hand gehabt. Es könnte nämlich aus dem neuen Wortlaut des Vorbehaltes der kantonalen Regale herausgelesen werden, die Kantone dürften nun beliebig neue Regalrechte schaffen. Dass die Kantone in Zukunft zu den im Jahre 1947 bereits bestehenden Regalen hinzu grundsätzlich noch weitere schaffen dürfen, steht ausser Frage²⁹. Dass aber Art. 31 Abs. 2 BV, letzter Satz, den

²² Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 230; Marti S. 211; BGE 59 I 183.

²³ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 231 f., lit. γ).

²⁴ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 229.

²⁵ Vgl. dazu BGE 37 I 530; 38 I 52; 47 I 249; 75 I 53; ferner Marti S. 213, besonders Anm. 18 und 19; S. 228, besonders Anm. 4.

²⁶ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 230 unten; ferner BGE 47 I 242 ff.; s. auch S. 54 unten.

²⁷ Vgl. dazu Giacometti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Artikeln der BV S. 189.

²⁸ Vgl. dazu StenBull StR 1938 S. 528 f.; 1939 S. 28. Deutlich geht aus den Ratserhandlungen hervor, dass man lediglich eine redaktionelle Neufassung beabsichtigte, man wollte nicht von der herrschenden Lehre abweichen.

²⁹ Vgl. dazu StenBull NR 1945 S. 516 f.

Kantonen die Befugnis erteilt, das Gebiet der freien Erwerbstätigkeit nach Belieben und Willkür einzuschränken, ist strikte zu verneinen³⁰. Auch bei der neuen Fassung des Vorbehaltes der kantonalen Regale müssen die Kantone für neue Monopolisierungen in materieller Hinsicht Gründe des öffentlichen Wohles geltend machen können und in formeller Hinsicht dürfen sie die Einschränkungen nur auf gesetzlicher Grundlage vornehmen³¹. Alles andere würde ja die in der Bundesverfassung garantierte Handels- und Gewerbefreiheit illusorisch machen. Die Verstaatlichung einer Tätigkeit ohne eine im öffentlichen Wohl gelegene Begründung und ohne gesetzliche Grundlage wäre ganz offensichtlich eine willkürliche Auslegung der Verfassung. Die Behauptung Giacomettis³², man habe durch den allgemeinen Vorbehalt der kantonalen Regalrechte ein Stück Wirtschaftsfreiheit einem falsch verstandenen Foederalismus geopfert, ist aber leider nicht von der Hand zu weisen. Der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BV, letzter Satz birgt tatsächlich viele Möglichkeiten in sich.

b) Die staatliche Amtstätigkeit.

Der Zulässigkeit, eine bestimmte Tätigkeit zu regalisieren, sofern dies durch das öffentliche Wohl gerechtfertigt ist, sei gleichzustellen die Erhebung einer Tätigkeit zum öffentlichen Amt, so behauptet Burckhardt³³, es bleibe sich dies in der Wirkung gleich. In der Tat ist es gleichgültig ob der Staat eine Tätigkeit regalisiert oder ob er sie zum öffentlichen Amt erhebt. Beide Male wird eine bis anhin dem Gebiet des freien, privaten Erwerbes überlassene Tätigkeit vom Staat als seine Aufgabe übernommen und dadurch dem Gebiet des privaten Erwerbslebens entzogen. Das Gebiet der staatlichen Amtstätigkeit fällt also ebenfalls nicht unter den Geltungsbereich des Art. 31 BV³⁴; auch hier gilt, was wir bereits für die Regale festgelegt haben:

α) Die staatliche Amtstätigkeit des Bundes muss in der Bundesverfassung vorbehalten sein; dies deshalb, weil dem Bund für jede seiner Aufgaben eine Kompetenz gegenüber den Kantonen einzuräumen ist.

³⁰ Vgl. dazu Marti S. 217 f.

³¹ Dass die gesetzliche Grundlage für sämtliche Monopolisierungen einer Tätigkeit — sowohl für die rechtlichen als auch für die bloss faktischen — gefordert werden muss, ergibt sich schon daraus, dass der Staat nur diejenigen Aufgaben übernehmen darf, die ihm durch Verfassung und Gesetz zugewiesen sind; vgl. Marti S. 227 f.

³² Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 302.

³³ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 228, lit. b).

³⁴ Vgl. dazu Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 378; Burckhardt, Kommentar S. 231.

β) Die staatliche Amtstätigkeit der Kantone ist zwar nicht ausdrücklich — weder generell, noch enumerativ — in der Bundesverfassung als Vorbehalt von der Handels- und Gewerbefreiheit aufgeführt worden; doch es versteht sich von selbst, dass ein Bürger nicht unter Berufung auf Art. 31 BV die Erlaubnis zur Ausübung einer staatlichen Amtstätigkeit erzwingen kann³⁵. Was sich dagegen nicht von selbst versteht, ist, dass die Kantone, ohne in der Bundesverfassung hiezu ausdrücklich ermächtigt zu sein, das Gebiet der staatlichen Amtstätigkeit erweitern oder verengen können. Doch auch an dieser Stelle müssen wir wieder anerkennen, dass es eine unvernünftige Auslegung des Art. 31 BV wäre, würde man annehmen, er untersage dem Gemeinwesen, seinen Aufgabenkreis zu erweitern, wenn es das öffentliche Wohl erheischt. Eine allgemeingültige, immer und überall richtige Abgrenzung zwischen dem Gebiet der staatlichen Amtstätigkeit und dem Gebiet des privaten Erwerbslebens kann es nicht geben. An gewissen Orten und zu gewissen Zeiten mag der Kreis der Staatsaufgaben sehr eng gezogen sein (Beschränkung des Staates auf den «Rechtswitz», «Nachtwächterstaat»), währenddem er an andern Orten und zu andern Zeiten mit derselben Berechtigung weiter gezogen wird. Es kann beispielsweise im einen Staate die Tätigkeit der Notare, der Friedhofgärtner oder der Kaminfeger als staatliche Amtstätigkeit betrachtet werden, im andern Staate dagegen als Gegenstand des privaten Erwerbes gelten. So kann Art. 31 BV nicht als feste Grenze zwischen den Gebieten des privaten Erwerbes einerseits und der Amtstätigkeit des Staates andererseits aufgefasst werden; er verbietet dem Gemeinwesen nicht, seinen Aufgabenkreis zu ändern, wenn dies durch das öffentliche Wohl gefordert wird. Art. 31 BV verbietet aber dem Gemeinwesen, die Handels- und Gewerbefreiheit dadurch illusorisch zu machen, dass es Tätigkeiten dem Gebiet des privaten Erwerbslebens entzieht, ohne dazu durch Gründe des öffentlichen Wohles legitimiert zu sein.

3. Das Freiheitsrecht schützt die Erwerbstätigkeit des Bürgers; die Tätigkeit muss den Erwerb zum Ziele haben³⁶. Einerseits wird dabei die Ansicht vertreten, dass eine berufsmässige Ausübung der Erwerbstätig-

³⁵ So wäre es doch z. B. undenkbar, die Tätigkeiten der Verkehrspolizei, der Steuererhebung oder des Gerichtswesens dem Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit zu unterstellen.

³⁶ Vgl. dazu Baumgartner S. 21 ff.; Bertheau S. 96; Burckhardt, Kommentar S. 233; Fleiner/Giacometti S. 283.

keit nicht gefordert werden dürfe³⁷; andererseits soll nur die berufsmässige Ausübung von Erwerbshandlungen unter dem Schutze von Art. 31 BV stehen³⁸. Dieser letzteren Ansicht wäre zuzustimmen, wenn die Handels- und Gewerbefreiheit nur ein ökonomisches Prinzip verkörperte; da aber in der Handels- und Gewerbefreiheit neben dem ökonomischen Prinzip auch eine Garantie eines bestimmten Masses persönlicher Freiheit enthalten ist, darf nicht entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, ob die Tätigkeit berufsmässig oder nicht berufsmässig ausgeübt wird. Eine allzugrosse praktische Bedeutung ist aber dieser Frage nicht beizumessen. — Die Erwerbstätigkeit braucht nicht unbedingt eine selbständige zu sein³⁹. Nicht bestritten ist, dass der Ausdruck «Handel und Gewerbe» nicht bloss die gewerbliche und kaufmännische Tätigkeit im engeren Sinne umfasst, sondern jegliche Erwerbstätigkeit, also beispielsweise auch die Urproduktion, die freien Berufe etc.⁴⁰. Irrelevant ist auch, ob die Tätigkeit zu einem finanziellen Erfolg führt oder nicht; wesentlich ist nur, dass die Tätigkeit den Erwerb bezweckt⁴¹.

4. Das Freiheitsrecht gestattet dem Bürger, die Wahl seiner Erwerbstätigkeit nach eigenem Gutdünken zu treffen und bei deren Ausübung seine individuellen Fähigkeiten zu verwerten. Dabei schützt das Freiheitsrecht den Bürger vor Eingriffen des Staates und der Verbände des öffentlichen Rechts. Diese verbotenen Eingriffe sind Massnahmen, die sich dadurch kennzeichnen, dass sie einen bestimmten Zweck mit bestimmten Mitteln verfolgen.

a) Nur Erlasse, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen, können die Handels- und Gewerbefreiheit verletzen. Die Handels- und Gewerbefreiheit ist das Grundgesetz der aktuellen staatlichen Wirtschaftsordnung, sie legt die Grundsätze der Wirtschaftspolitik in der Eidgenossenschaft fest. Sie kann deshalb auch nur durch Massnahmen verletzt werden, die die Wirtschaftspolitik betreffen. Dem Staate und den Verbänden des öffentlichen Rechts⁴² wird verboten, sich mit Wirtschafts-

³⁷ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 282; Marti S. 59 f.

³⁸ So lässt das Bundesgericht nur «jede berufsmässig zum Zwecke des Erwerbs ausgeübte Tätigkeit» den Schutz des Art. 31 BV geniessen; vgl. dazu BGE 59 I 111; 63 I 219; 67 I 87; gleicher Ansicht ist Burckhardt, Kommentar S. 233.

³⁹ Vgl. dazu Marti S. 60; anderer Meinung das Bundesgericht, ebenso Fleiner/Giacometti S. 282.

⁴⁰ Vgl. dazu Baumgartner S. 21 ff.; Bertheau S. 98; Burckhardt, Kommentar S. 233; Fleiner/Giacometti S. 282.

⁴¹ Vgl. dazu Bertheau S. 96; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 377; Marti S. 59.

⁴² Vgl. dazu Marti S. 72 Anm. 8.

politik zu befassen, die den Bürger in seiner Erwerbsfreiheit einschränkt⁴³; das Erwerbsleben soll Domäne der Bürger, der Privaten, nicht des Staates sein. Deshalb kann auch der Private den Art. 31 BV nicht verletzen⁴⁴.

Es gibt nun viele gesetzliche Bestimmungen, die praktisch die Handels- und Gewerbefreiheit beschränken, die aber trotzdem mit Art. 31 BV vereinbar sind:

α) Eine erste Gruppe dieser Bestimmungen zeichnet sich dadurch aus, dass durch sie nicht direkt der Gewerbebetrieb geregelt wird⁴⁵. Es handelt sich hier beispielsweise um strafrechtliche Normen, die eine bestimmte Tätigkeit verbieten; ferner gehören hieher die gesetzlichen Bestimmungen, die die Beziehungen der Privatpersonen unter sich regeln, wie nachbar-, obligationen-, sachen- und sogar familienrechtliche Normen⁴⁶; des weiteren sind allgemeine Steuern vor Art. 31 BV haltbar, nur solche nicht, die speziell auf den in Frage stehenden Gewerbebetrieb prohibitiv wirken sollen⁴⁷; so ist auch ein allgemeines Automobilfahrverbot (das den Gewerbebetrieb tatsächlich sehr stark beschränken kann) mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar, weil es eben allgemein ergangen ist, und nicht in der Absicht, einen Gewerbebetrieb zu regeln⁴⁸; und schliesslich sind auch die Gesetze zum Schutze der Erfinder- und Urheberrechte aus den gleichen Gründen nicht verfassungswidrig^{49, 50}:

⁴³ Vgl. dazu BGE 61 I 330; 63 I 220; 64 I 14 E 8; 66 I 23; 70 I 147.

⁴⁴ Vgl. dazu BGE 32 II 368; 52 II 384; 62 II 100.

⁴⁵ Vgl. dazu Baumgartner S. 17 ff.; Marti S. 95 ff.; BGE 46 I 283; 69 I 178 E 3; 73 I 59 E 7. — Diese Gruppe gesetzlicher Bestimmungen, die die Norm des Art. 31 BV nicht verletzen, weil sie nicht den Gewerbebetrieb direkt regeln, werden gemeinhin als Vorbehalt der allgemeinen Rechtsordnung zur Handels- und Gewerbefreiheit bezeichnet: «Die Handels- und Gewerbefreiheit ist nur innert der Schranken der allgemeinen Rechtsordnung garantiert», vgl. BGE 46 I 291. —

Diese Bezeichnung «innert der Schranken der allgemeinen Rechtsordnung» ist etwas irreführend; denn man könnte daraus schliessen, dass die Gesetze den Inhalt des Freiheitsrechtes näher bestimmen könnten; aber ein Freiheitsrecht kann nicht nur nach Massgabe des Gesetzes gewährleistet sein, sonst ist es kein Freiheitsrecht; vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 243; 246 f.

⁴⁶ Vgl. dazu BBl. 1877 II 236; 1882 I 455 ff.; 1902 IV 122 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu BGE 46 I 283.

⁴⁸ Vgl. dazu BGE 52 II 384; 62 II 100.

⁴⁹ Vgl. dazu BGE 41 I 267; 54 I 82; 54 I 227; 60 I 190; 73 I 59 E 7.

⁵⁰ Zum Problem, inwieweit sich der staatliche Gesetzgeber, der die Ordnung der Beziehungen der Individuen untereinander bestimmt, an das durch die Handels- und Gewerbefreiheit vorgezeichnete Verhältnis zu halten hat, vgl. die Arbeit von Homburger: Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung.

β) Die zweite Gruppe dieser Bestimmungen ist dadurch gekennzeichnet, dass zwar der Gewerbebetrieb direkt einer Regelung unterworfen wird, aber unter Respektierung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit; Respektierung des Grundsatzes dadurch, dass diese Bestimmungen Schranken darstellen, die, wie jedem Freiheitsrecht, so auch der Handels- und Gewerbefreiheit immanent sind. Es handelt sich hier um die polizeilichen Vorschriften über Ausübung von Handel und Gewerbe; Vorschriften, die nicht Wirtschaftslenkung, sondern Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung bezwecken⁵¹. Solange eine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit als Polizeierlass gerechtfertigt werden kann, verstösst sie nicht gegen den Art. 31 BV; erst dann, wenn der Polizeierlass über sein Ziel hinausschiesst, wird er vor Art. 31 BV unhaltbar. Die Frage, was noch als zulässige Bestimmung über die Ausübung von Handel und Gewerbe gelten soll und was darüber hinaus als unzulässige Korrektur des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit zu betrachten sei, ist Gegenstand einer ausführlichen Judikatur geworden. In Kürze sei hier auf die wesentlichsten Merkmale der gewerbepolizeilichen Bestimmungen eingetreten⁵².

Die Handels- und Gewerbefreiheit ist nur im Rahmen der öffentlichen Ordnung garantiert. Die Freiheit des Einzelnen kann in einem Staate, der die Rechtsgleichheit garantiert, notwendigerweise nur soweit gehen, als sie nicht die Freiheit der übrigen Bürger und damit schliesslich die öffentliche Ordnung stört⁵³. Wenn nun Freiheitsbeschränkungen zur Aufrechterhaltung von öffentlicher Sicherheit, Ruhe und Ordnung gestattet sind, so sind sie es im Rechtsstaate, wo eine Vermutung zugunsten der Freiheit des Bürgers besteht⁵⁴, nur gerade soweit, als sie notwendig sind. Das heisst mit andern Worten: — Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung muss das mil-

⁵¹ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 234: «Polizeiliche Vorschriften sind solche, die nicht die volkswirtschaftlichen Wirkungen eines Gewerbes oder eines Betriebes berichtigen, sondern den nachteiligen Einzelwirkungen vorbeugen wollen, die der technischen oder geschäftlichen Eigenart des Betriebes anhaften.»

⁵² Eine ausführliche Behandlung des Polizeirechtes bei Fleiner, Institutionen S. 385 ff.; Voigt, Der liberale Polizeibegriff...; ausführliche Behandlung speziell des Gewerbepolizeirechtes bei Baumgartner S. 64 ff.; Bertheau S. 116 ff. (zum Teil veraltet); Burckhardt, Kommentar S. 237 ff.; Fleiner/Giacometti S. 303 ff.; Marti S. 97 ff.

⁵³ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 246, 287.

⁵⁴ Vgl. dazu Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates S. 175.

destmögliche Mittel ergriffen werden. — Das verwendete Mittel muss zum angestrebten Zweck in vernünftigen Verhältnis stehen^{55, 56}.

Als Gewerbepolizeimassnahmen sind dabei denkbar: Erstens die Ergreifung von Massnahmen gegen bereits eingetretene Störungen, ohne dass schon vor Eintritt der Störung polizeiliche Vorschriften erlassen waren und zweitens der Erlass von polizeilichen Vorschriften zwecks Verhütung von zukünftig zu erwartenden Störungen. Letzteres ist wiederum in verschiedenen Stufen möglich:

αα) Erlass von Vorschriften und Kontrolle über deren Befolgung. Hierher gehören beispielsweise die fabrikkpolizeilichen Vorschriften, die meisten feuerpolizeilichen Erlasse und andere mehr.

ββ) Erlass eines Verbotes der Ausübung einer Tätigkeit unter Vorbehalt der Erlaubniserteilung an jeden Bewerber, der die an ihn gestellten Anforderungen erfüllt. Als Beispiel ist hier zu erwähnen: Der Fahrlehrerberuf steht nur demjenigen offen, der eine entsprechende Prüfung abgelegt hat. Da durch die polizeilichen Vorschriften kein Regalrecht des Staates geschaffen wird, muss eine Bewilligung zur Ausübung der betreffenden Tätigkeit an jeden Bewerber, der die gestellten gesetzlichen Anforderungen erfüllt, erteilt werden.

γγ) Erlass eines Verbotes der Ausübung einer Tätigkeit und Ausübung derselben durch den Staat selbst oder durch Verbände des öffentlichen Rechts⁵⁷. Der sogenannte Schlachthauszwang, das heisst, die Verpflichtung, ausschliesslich das öffentliche (kommunale) Schlachthaus zu benutzen, kann hier als Beispiel aufgeführt werden; ebenso sichert sich die Gemeinde regelmässig für das Abfuhrwesen ein Polizeimonopol.

⁵⁵ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 304; Marti S. 106 ff.; Voigt S. 87; Fleiner, Institutionen: S. 404: «Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen»; ferner BGE 60 I 121.

⁵⁶ Burckhardt vertritt die Auffassung (vgl. seinen Kommentar S. 233), dass die polizeilichen Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit nicht soweit gehen dürften, dass die Gewerbetreibenden in der Verwertung ihrer individuellen Fähigkeiten gehindert würden; es soll der Abnehmer der Produkte noch die Möglichkeit haben, den einen Konkurrenten vor dem andern zu bevorzugen. Dem stellt Baumgartner (S. 36 ff) die Ansicht gegenüber, es sei die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit soweit zulässig, dass die polizeiliche Aufgabe ganz erfüllt werde. Baumgartners Argumentation ist einleuchtend, doch wird sich praktisch wohl kaum je eine Diskrepanz zwischen den beiden Auffassungen ergeben können, weil ein Freiheitsrecht durch einen Polizeierlass, der sich in seinen Schranken hält, nie verletzt werden können. Selbst eine polizeilich bedingte Monopolisierung hält sich innerhalb der Schranken eines Polizeierlasses, wenn triftige Gründe für eine Monopolisierung der Tätigkeit vorliegen.

⁵⁷ Giacometti nennt diese Art Polizeivorschriften mittelbar-rechtliche Monopole; vgl. Fleiner/Giacometti S. 301, Anm. 111; S. 309.

Die Polizeivorschriften haben alle Betroffenen gleich zu behandeln; nicht nur durch Art. 4 BV, sondern auch durch Art. 31 BV wird eine rechtsungleiche Behandlung verboten⁵⁸.

Die Form, in der sich der Polizeierlass präsentiert, ist für die Beurteilung der Zulässigkeit vor Art. 31 BV nicht massgebend; es kann sich um Gesetze, Verordnungen oder Verfügungen handeln. Ein Gesetz kann vor Art. 31 BV materiell als Polizeierlass gerechtfertigt sein; andererseits kann der Erlass einer Polizeibehörde (der formell eine Polizeivorschrift darstellt) materiell unter Umständen nicht mehr Polizeierlass, sondern wirtschaftslenkende Massnahme sein, womit er die Handels- und Gewerbefreiheit verletzt⁵⁹. Es kann vernünftigerweise auch nicht darauf ankommen, als was der Erlass von der Behörde bezeichnet wird, sondern allein darauf, was der Erlass seinem Wesen nach tatsächlich darstellt. Wirtschaftspolitische Massnahmen dürfen nicht als polizeiliche Vorschriften getarnt werden⁶⁰.

Die Kompetenz zum Erlass von Gewerbepolizeivorschriften liegt sowohl beim Bund (Art. 31bis Abs. 2 BV), als auch bei den Kantonen (Art. 31 Abs. 2 BV)⁶¹.

b) Nur solche Erlasse verletzen die Handels- und Gewerbefreiheit, in denen der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts «hoheitlich», als Träger spezifisch staatlicher Mittel auftreten, und wenn dabei die Freiheit des Bürgers beschränkt wird. Wir wollen im folgenden den Ausdruck «hoheitlich» vermeiden, denn durch seine Verwendung in der liberalen Staatsrechtslehre hat er einen bestimmten Gehalt bekommen: Die liberale Lehre hat nämlich als Massnahmen, durch welche der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts «hoheitlich» auftreten, nur diejenigen betrachtet, die sich als Ausfluss des staatlichen Imperiums, als Ausfluss der obrigkeitlichen Zwangsgewalt charakterisierten⁶². So bezeichnete diese Lehre diejenigen Monopole, mittels deren der Staat als Träger hoheitlicher Herrschaftsmacht eine Tätigkeit sich oder einem Verbands des öffentlichen Rechts vorbehält und deren Ausübung dem Bürger verbietet, als rechtliche Monopole und erklärte diese als unvereinbar mit der Handels- und Gewerbefreiheit⁶³.

⁵⁸ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 230; Marti S. 103 ff.

⁵⁹ Vgl. dazu BGE 59 I 111; 66 I 23.

⁶⁰ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 303.

⁶¹ Vgl. dazu Marti S. 109 ff.

⁶² Vgl. dazu Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 377; Frank S. 10.

⁶³ Vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 343, Text und Anm. 6.

Im Gegensatz zu diesen rechtlichen Monopolen betrachtete sie aber die faktischen Monopole als zulässig und haltbar vor Art. 31 BV⁶⁴. Ein faktisches Monopol beruht auf einer vom Monopolbetrieb «iuristisch unabhängigen Anordnung»⁶⁵, nicht auf einem obrigkeitlichen Gebot. Das eben Gesagte gilt aber nicht nur für Monopole, sondern für jede Beschränkung der Erwerbsfreiheit des Bürgers überhaupt.

Meines Erachtens kann die klassisch-liberale Ansicht heute nicht mehr genügen. Der Staat hat heute tatsächlich Mittel und Wege zur Verfügung, durch die er die Handels- und Gewerbefreiheit illusorisch machen kann, ohne dass er als Träger hoheitlicher Zwangsgewalt aufzutreten braucht. Dadurch, dass der Staat ständig neue Aufgaben zugewiesen erhielt, ist sein Einfluss und seine Macht über die Lebensverhältnisse des Bürgers stark gewachsen. So kann beispielsweise das Gemeinwesen kraft seiner Hoheit über den öffentlichen Grund und Boden die Transportbetriebe innerhalb seines Territoriums, welche an Schienenwege oder Fahrleitungen gebunden sind, monopolisieren, ohne dass es den Bürgern die Errichtung solcher Transportbetriebe durch ein «hoheitliches» Gebot zu untersagen braucht. Der Staat ist ferner in der Lage — und das wird vielfach in seiner Bedeutung unterschätzt — seine Betriebe auf einer Grundlage zu führen, wie sie das private Gewerbe nicht zu führen vermag: Das Besteuerungsrecht des Staates und der damit verbundene Kredit gestatten ihm ein Wirtschaften, das jede private Konkurrenz unmöglich machen kann⁶⁶.

Wenn die Handels- und Gewerbefreiheit also noch irgend eine Bedeutung haben soll, dann kann sie nicht durch eine Auslegung, die dem Bürger gar keinen tatsächlichen Schutz mehr gewährt, zur blossen Farce degradiert werden. So kann der Kreis der die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Mittel heute nicht mehr länger auf diejenigen Mittel, die sich als Ausfluss des staatlichen Imperiums dartun, be-

⁶⁴ Diese Ansicht wird auch heute noch vertreten: Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 301 Anm. 111. Giacometti gibt aber selbst zu, dass ein faktisches Monopol kaum der Handels- und Gewerbefreiheit entspricht: S. 302, Anm. 115.

⁶⁵ Vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 343.

⁶⁶ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 227, 230 f. Burckhardt bezeichnet das als virtuelle Monopole. Vgl. dazu auch Sogemeier, Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft, S. 25 ff; 36 ff; 45 ff; 130 f; 137 ff.

Diese Zusammenstellung von Uebergriffen der öffentlichen Hand ins Gebiet des privaten Erwerbslebens stammt aus Deutschland. Für die Schweiz existiert meines Wissens keine solche Zusammenstellung; wahrscheinlich wurde in dieser Hinsicht in der liberaler eingestellten Schweiz auch weniger weit gegangen als in dem zeitweise starken sozialistischen Strömungen unterworfenen Deutschland.

schränkt werden; dieser Kreis ist heute weiter zu ziehen. Dem Staate aber anderseits jegliche Wirtschaftspolitik, die den Bürger in seiner Freiheit beschränkt, zu untersagen, wäre dann doch wieder eine zu weitgehende Fesselung des Staates⁶⁷. Ein solches, dem Staate auferlegtes absolutes Verbot von freiheitsbeschränkender Wirtschaftspolitik würde in seiner konsequenten Durchführung nämlich dazu führen, dass dem Staate die Führung von Gewerbebetrieben überhaupt verboten werden müsste⁶⁸. Denn wenn der Staat einen Gewerbebetrieb führt, konkurrenziert er notwendigerweise die privaten Gewerbebetriebe — und diese Konkurrenzierung ist nichts anderes als eine Beschränkung der privaten Erwerbsfreiheit. Würde man dem Staat jegliche freiheitsbeschränkende Wirtschaftspolitik, damit also auch die Führung von Gewerbebetrieben untersagen, dann ergäbe dies eine viel klarere Grenzlinie zwischen den die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Akten und den mit Art. 31 BV zu vereinbarenden Massnahmen: In diesem Falle wäre jegliche staatliche Wirtschaftspolitik, die den Bürger in seiner Erwerbsfreiheit tangiert, unzulässig; der Staat dürfte nur insofern Wirtschaftspolitik betreiben, als er dabei die Freiheit des Individuums unangetastet liesse. Doch das wäre, wie schon gesagt, eine zu weitgehende Fesselung der staatlichen Tätigkeit. So wird denn eine Abgrenzung zu finden sein, die einerseits nicht mehr so eng ist, wie die klassisch-liberale Grenzziehung, nach welcher allein mit «hoheitlichen» Mitteln durchgeführte Akte die Handels- und Gewerbefreiheit verletzen; die aber anderseits auch nicht so weit geht, dass sie dem Staat keinen Raum für seine gewerbebetriebliche Tätigkeit lässt⁶⁹.

Der Grundgedanke, der die klassisch-liberale Staatsrechtslehre dazu führte, als Requisit für die Verletzung von Art. 31 BV ein hoheitliches Auftreten des Staates oder der Verbände des öffentlichen Rechts zu verlangen, war wohl folgender: Der Staat soll die Möglichkeit der Wirtschaftspolitik besitzen, insofern er sich nicht anderer Mittel bedient, als derer, die jedem Bürger auch zur Verfügung stehen. Seine ihm kraft

⁶⁷ Vgl. dazu Heusser S. 47 f.

⁶⁸ Vgl. dazu auch Burckhardt, Kommentar S. 227; Marti, S. 215 ff. zieht die Konsequenz, dem Staate auch die Führung von Gewerbebetrieben grundsätzlich zu untersagen: Er erklärt, der Staat dürfe einen Gewerbebetrieb nur dann an sich ziehen, wenn ihn die Verfassung dazu ermächtige und durch diese Ermächtigung einen Vorbehalt zur Handels- und Gewerbefreiheit schaffe.

⁶⁹ Die Anerkennung der Zulässigkeit von staatlichen Gewerbebetrieben hat sich in der Praxis schon viel zu sehr eingebürgert, als dass wir sie einfach ablehnen könnten.

seines Imperiums zustehenden Mittel soll er aber nicht dazu verwenden können, die Freiheit des privaten Erwerbslebens zu vernichten. Solange der Staat nur solche Mittel anwandte, die jedem Bürger auch zustanden, konnte sich dieser gegen den Staat wie gegen einen Konkurrenten zur Wehr setzen; er musste nicht gegen einen Gegner mit übermächtigen Waffen ankämpfen. — Auf diesen Grundgedanken müssen wir zurückgehen, wenn wir nun ein neues Kriterium für die Verletzung von Art. 31 BV finden wollen. Während die klassisch-liberale Lehre als übermächtiges staatliches Auftreten nur das Auftreten als «*potentior persona*» gewürdigt hatte, sehen wir uns dagegen veranlasst, es als übermächtiges staatliches Auftreten zu betrachten, wenn der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts unter Anwendung von Mitteln, die nur ihnen als Subjekten des öffentlichen Rechts zustehen, oder unter Anwendung von Mitteln, die zwar als solche auch dem Privaten zustehen, die aber dadurch, dass sie von einem Subjekt des öffentlichen Rechts angewendet werden, ein ganz besonderes Gewicht und Gepräge erhalten, tätig werden. Die Mittel, die wir als unzulässig vor Art. 31 BV betrachten, wollen wir fernerhin als Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge, als spezifisch staatliche Mittel bezeichnen⁷⁰.

Es ist nun zuzugeben, dass eine nähere Umschreibung des Begriffes «Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge» schwierig ist; dies deshalb, weil der Staat eben heute durch die verschiedenartigsten Mittel die Handels- und Gewerbefreiheit beschränken kann. Ja, es fragt sich, ob eine feste Umschreibung des Begriffes überhaupt gegeben werden soll; ob es nicht besser sei, nach der nicht weiter verfeinerten Definition im konkreten Fall zu entscheiden, ob das Mittel ein solch spezifisches Gepräge besitzt, ob ein Mittel, gegenüber dem der Bürger machtlos ist, angewendet wurde oder nicht. Gerade weil es uns darum zu tun ist, die dem Staate durch Art. 31 BV verbotenen Mittel nicht auf «hoheitliche» Gebote und Verbote zu beschränken, sondern darunter allgemein jene Massnahmen zu verstehen, die der Staat mit Mitteln durchführt, gegen

⁷⁰ Anderer Ansicht Baumgartner S. 59 f., der nur Beschränkungen auf Grund der staatlichen Herrschaftsmacht, auf Grund des «Imperiums» als unzulässig erklärte. Er begründet seine Ansicht damit, die freie Konkurrenz ermögliche es jedem Privaten, sich eine Monopolstellung zu schaffen; es sei deshalb nicht einzusehen, wieso nicht auch der Staat sich Monopolstellungen schaffen dürfe, wenn er von seiner Zwangsgewalt keinen Gebrauch mache. Dazu können wir nur wiederholen, was Burckhardt schon treffend ausführte (Kommentar S. 231): «Es ist nicht dasselbe, ob wir die freie Konkurrenz dem Privaten oder dem Staate zuerkennen; *si duo faciunt idem non est idem.*»

die sich der Bürger nicht zu Wehr setzen kann, scheint mir eine feste Umschreibung gar nicht dienlich zu sein. So wäre denn immer im konkreten Fall, anhand der vorliegenden Umstände zu prüfen, ob solche unzulässigen Mittel angewendet wurden, ob der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts ihre besondere Stellung ausgenützt haben⁷¹.

5. Die Handels- und Gewerbefreiheit schützt die Freiheitssphäre des Bürgers. Das will heissen:

a) Art. 31 BV verbietet dem Staat und den Verbänden des öffentlichen Rechts, wirtschaftslenkende Massnahmen unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge durchzuführen, die die Erwerbsfreiheit des Individuums tangieren. Wirtschaftslenkende Massnahmen, auch wenn sie mit spezifisch staatlichen Mitteln durchgeführt werden, verletzen die Handels- und Gewerbefreiheit dann nicht, wenn sie die Erwerbsfreiheit des Bürgers nicht beeinträchtigen⁷². Bei solchen Massnahmen

⁷¹ Ein praktisch bedeutsames Beispiel möge einige der sich hier stellenden Probleme illustrieren. Das Gemeinwesen gilt als Eigentümer von öffentlichem Grund und Boden. Seine Stellung ist aber nicht genau diejenige eines privaten Eigentümers, denn sein Eigentum am öffentlichen Grund und Boden ist durch gewisse öffentlichrechtliche Bestimmungen belastet. Nur soweit diese öffentlichrechtlichen Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen, liegt privates Eigentum vor — so wenigstens nach Ansicht der heute herrschenden Praxis. Auf Grund seines Eigentums an öffentlichem Grund und Boden kann nun das Gemeinwesen in gewissem Rahmen Wirtschaftspolitik betreiben: Es kann Transportbetriebe, die Verteilung elektrischer Energie und auch das Plakatwesen monopolisieren. Es fragt sich, ob diese Monopole unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge, unter Ausnutzung der besonderen öffentlichrechtlichen Stellung des Gemeinwesens zustande kommen, das heisst ob seine Verfügungsmacht als spezifisch staatliches Mittel zu gelten habe. Wenn es, wie die herrschende Lehre annimmt, wirklich Privateigentum am öffentlichen Boden besitzt, dann sind die erwähnten Monopolisierungen nicht auf Grund seiner besonderen staatlichen Stellung zustande gekommen. Denn als Privateigentümer kann es ebenso willkürlich über sein Eigentum verfügen, wie jeder Private auch. Hierin hat es keine andere Stellung als jeder Privateigentümer auch. Ebenso sind die Möglichkeiten der Verfügung über das Grundeigentum für das Gemeinwesen keine anderen als für den Privaten, so dass auch daraus, dass es sein Grundeigentum zu wirtschaftspolitischen Massnahmen benützt, keine spezifisch staatliche Stellung resultiert.

Solange das Gemeinwesen mit guten Gründen als Privateigentümer von öffentlichem Grund und Boden betrachtet werden kann, verstossen solche Monopolisierungen nicht gegen Art. 31 BV. Das gilt aber nur solange, als gute Gründe die Annahme von Privateigentum rechtfertigen. Meines Erachtens ist die Berechtigung der Annahme von Privateigentum — eine Konstruktion der klassisch-liberalen Verwaltungsrechtslehre — heute aber bereits fragwürdig geworden. Konnte man einem liberalen Staate noch eine Dosis Willkür in seinen Handlungen (eben durch Annahme von Privateigentum, was dem Gemeinwesen die Autonomie des Privatrechts verschafft) zugestehen, so ist es doch schon sehr bedenklich, dem Staate von heute noch in irgend einer Form Willkür zu gestatten. Näher können wir auf diese Frage nicht eintreten, es würde uns zu weit von unseren Problemen wegführen.

⁷² Vgl. dazu Marti S. 31, 155.

handelt es sich beispielsweise um Subventionen, um Exportrisikogarantien, um Sondermassnahmen der Zwangsvollstreckung etc. Die Wirtschaftslenkung wird dem Staate durch Art. 31 BV nicht absolut verboten; er darf dabei nur nicht in die Erwerbsfreiheit des Bürgers eingreifen. Verallgemeinernd kann etwa gesagt werden, dem Staate sei eine gewisse Wirtschaftsplanung gestattet, die Errichtung einer staatseigenen Wirtschaft aber grundsätzlich verboten. Es ist aber trotzdem unverkennbar, dass die heutige Interpretation des Art. 31 BV mit einem seiner Grundgedanken in einem gewissen Widerspruch steht; da dieser eine Grundgedanke, nämlich die nationalökonomische Lehre von der staatsfreien Wirtschaft, jeglicher staatlichen Wirtschaftspolitik die Berechtigung abspricht.

b) Art. 31 BV erteilt dem Bürger keine Sonderrechte. Der Staat wird durch Art. 31 BV nicht verpflichtet, Gelegenheit für die gewinnbringende Ausübung eines Gewerbes zu verschaffen⁷³, selbst wenn durch das Nicht-handeln des Staates dem Bürger eine Möglichkeit zum Erwerb verloren geht. Ebensowenig gibt Art. 31 BV dem Privaten ein Recht auf eine den Gemeingebrauch übersteigende Sondernutzung der öffentlichen Sachen⁷⁴. Die Handels- und Gewerbefreiheit schützt die Freiheitssphäre des Bürgers, sie erteilt diesem aber kein Plus an Rechten.

Den Inhalt der Handels- und Gewerbefreiheit zusammenfassend, wollen wir festhalten: Das Freiheitsrecht garantiert dem Bürger, innerhalb eines bestimmten, den Privatpersonen zur Erwerbstätigkeit überlassenen Gebietes, seinen Lebensunterhalt nach eigenem Gutdünken, unter Ausnützung seiner individuellen Fähigkeiten, aber unter Rücksichtnahme auf die Mitbürger zu verdienen. — Dadurch werden dem Staat und den Verbänden des öffentlichen Rechts wirtschaftslenkende, die Erwerbsfreiheit des Bürgers tangierende Massnahmen auf dem der Privatwirtschaft überlassenen Gebiete untersagt, sofern diese Massnahmen mit spezifisch staatlichen Mitteln durchgeführt werden sollen. Durch Art. 31 BV wird dem Staat dagegen nicht untersagt, Wirtschaftspolitik mit andern als spezifisch staatlichen Mitteln zu betreiben (sofern ihm das möglich ist); es wird dem Staate ferner nicht verboten, spezifisch staatliche Mittel anzuwenden, wenn er sich nicht mit Wirtschaftspolitik befasst, und endlich ist es dem Staate auch erlaubt, wirtschaftslenkende Massnahmen

⁷³ Vgl. dazu Marti S. 32; BGE 37 I 209.

⁷⁴ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 243; Marti S. 140 ff.; ferner Salis Nr. 758; Salis-Burckhardt Nr. 433; BGE 52 I 85; 53 I 18; 59 I 270.

unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge durchzuführen, wenn dabei der Bürger in seiner Erwerbsfreiheit nicht beschränkt wird.

C) Wir haben hier noch auf ein Problem näher einzutreten, das für unsere Arbeit von Bedeutung ist. — Die Handels- und Gewerbefreiheit beruht auf zwei Grundlagen⁷⁵, auf einer nationalökonomischen Lehre und auf freiheitlichen Bestrebungen. Die englische liberale Nationalökonomie, die behauptete, dass jeder Einzelne sein Bestes leiste, wenn er auf eigene Rechnung und Gefahr für sich selbst arbeite, dass ferner der allgemeine Wohlstand auf diese Weise am sichersten erreicht werde und dass endlich durch das freie Spiel von Angebot und Nachfrage von selbst ein natürliches Gleichgewicht der Wirtschaft zustandekomme, diese Lehre bewirkte, dass die Notwendigkeit einer staatlichen Wirtschaftslenkung verneint und das Wirtschaftsleben der privaten Initiative überlassen wurde. Als Folge der erwähnten nationalökonomischen Lehre kann deshalb die in der Handels- und Gewerbefreiheit enthaltene Forderung auf Nichteinmischung des Staates in das Wirtschaftsleben gelten. — Daneben führten die naturrechtlichen Anschauungen von der angeborenen Freiheit des Menschen dazu, dass dem Bürger auf gewissen Gebieten Schutz vor Eingriffen in seine Freiheit, gegenüber denen er machtlos war, weil diese Eingriffe unter Anwendung von übermächtigen, spezifisch staatlichen Mitteln durchgeführt wurden, gewährt wurde; so kann als Folge dieser naturrechtlichen Anschauungen gelten, dass die Handels- und Gewerbefreiheit als Freiheitsrecht des Bürgers gegen hoheitliche Akte des Staates ausgestaltet wurde. War für die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit in der Verfassung im letzten Jahrhundert noch eher die nationalökonomische Lehre dominierend, so liess doch die wirtschaftliche Entwicklung während der letzten Jahrzehnte immer mehr Zweifel an der Richtigkeit der nationalökonomischen These aufkommen, und es darf wohl behauptet werden, heute liege der Hauptakzent der Gewerbefreiheit auf dem Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Freiheit des Bürgers.

Aus den beiden Komponenten der Handels- und Gewerbefreiheit er-

⁷⁵ Vgl. dazu Baumgartner S. 3; Christen S. 56; sehr schöne Darstellung bei Marti S. 16 ff.; Fleiner/Giacometti S. 274 f.; etwas weitgehend Renggli S. 72 ff. und Bietenholz S. 18 ff. — Giacometti anerkennt die beiden Wurzeln der Handels- und Gewerbefreiheit als geistesgeschichtliche Grundlagen, er lehnt aber eine Spaltung der Handels- und Gewerbefreiheit in zwei Bestandteile (wie Renggli und Bietenholz das vertreten) ab; vgl. Fleiner/Giacometti S. 283, Anm. 18.

gibt sich, dass der Staat und die Verbände des öffentlichen Rechts Wirtschaftslenkung unter Anwendung von spezifisch staatlichen Mitteln unterlassen sollen. Wenn nun der Staat und die Verbände des öffentlichen Rechts ihre Tätigkeit immer nur unter Anwendung spezifisch staatlicher Mittel ausüben würden, und wenn ebenso der Private für seine Tätigkeit nie andere als die ihm eigenen Mittel benützte, dann wären die in der Folge sich ergebenden Situationen ohne inneren Widerspruch, sie wären logisch in sich geschlossen. Und wenn wir unter dieser Voraussetzung wissen wollten, welche Massnahmen mit Art. 31 BV in Widerspruch stehen, dann ist es gleichgültig, ob wir fragen, wer die Massnahme erlassen hat (ob der Staat oder ein Privater), oder ob wir fragen, unter Anwendung welcher Mittel die Massnahme durchgeführt wird (ob mit spezifisch staatlichen oder mit privaten Mitteln). Denn vorausgesetzt, dass die Subjekte des öffentlichen Rechts nur mit spezifisch staatlichen Mitteln tätig werden können, ist es ohne Bedeutung, ob man den Subjekten des öffentlichen Rechts die Wirtschaftslenkung verbietet, ob man die Wirtschaftslenkung mit spezifisch staatlichen Mitteln verbietet, oder ob den Subjekten des öffentlichen Rechts die Wirtschaftslenkung mit spezifisch staatlichen Mitteln untersagt wird — das alles ist unter der erwähnten Voraussetzung dasselbe. Ohne dass sich nun ein innerer Widerspruch ergibt, können wir unter eben dieser Voraussetzung die die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Massnahmen charakterisieren als Massnahmen, mittels deren Staat oder Verbände des öffentlichen Rechts mit spezifisch staatlichen Mitteln Wirtschaftspolitik betreiben; ohne dass sich ein innerer Widerspruch ergibt, könnten wir dabei den vollen Gehalt der Handels- und Gewerbefreiheit berücksichtigen: die nationalökonomische Lehre, indem wir den Verbänden des öffentlichen Rechts und dem Staate die Wirtschaftslenkung verbieten; wie auch die naturrechtlichen Gedanken, indem wir die Anwendung spezifisch staatlicher, freiheitsbeschränkender Mittel verbieten. — Allein, unsere Voraussetzung, dass die Subjekte des öffentlichen Rechts nur mit spezifisch staatlichen Mitteln und der Private nur mit den ihm eigenen Mitteln auftreten, entspricht der Wirklichkeit nicht. Diese Voraussetzung gilt höchstens noch als Regel mit zahlreichen Ausnahmen⁷⁶. Es würde zu weit führen, auf alle Gründe und Ursachen einzutreten, die dazu

⁷⁶ Beispiele von Fällen, in denen die Rechtssubjekte nicht mit den ihnen eigenen Mitteln auftreten, dürften wohl als genügend bekannt gelten; es sei hier bloss erwähnt, dass der Staat ungleich häufiger mit privaten Mitteln tätig wird, als dass dem Privaten spezifisch staatliche Mittel für seine Tätigkeiten zustehen.

geführt haben, das dem Staate das Tätigwerden mit andern als spezifisch staatlichen und dem Privaten das Auftreten mit andern als den ihm eigenen Mitteln zuerkannt wurde; es sei lediglich festgestellt, dass heute diese Möglichkeit anerkannt wird, weil sie gewissen praktischen Bedürfnissen, einer gewissen Notwendigkeit entspringt⁷⁷. Dadurch nun, dass Staat und Privater auch mit andern als den ihnen eigenen Mitteln tätig werden können, wird eine logische Spannung heraufbeschworen. Und wenn wir jetzt wissen wollen, welche Massnahme den Art. 31 BV verletzen, so ist es nicht länger gleichgültig, ob wir fragen, wer die Massnahme erlassen hat, oder ob wir fragen, mit welchen Mitteln die Massnahme durchgeführt werden soll; da die angewendeten Mittel nicht immer den handelnden Subjekten adäquat sind, ist es möglich geworden, dass wir im Gegensatz zu unserer vorigen Idealvoraussetzung auf die verschiedenen Fragen verschiedene Antworten erhalten. Wie ist nun der Kreis der die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Normen zu ziehen, worauf ist zur Abklärung dieser Frage abzustellen? Es zeigen sich drei Möglichkeiten: Um zu wissen, ob eine Massnahme den Art. 31 BV verletzt, können wir abstellen

1. auf die Rechtsnatur des die Massnahme erlassenden Rechtssubjekts (wer verletzt die Handels- und Gewerbefreiheit).
2. auf die Mittel, mit denen die Massnahme durchgeführt werden soll (welche Mittel verletzen die Handels- und Gewerbefreiheit).
3. auf die Rechtsnatur des die Massnahme erlassenden Subjektes wie auch auf die Mittel, mit denen die Massnahme durchgeführt werden soll⁷⁸.

1. Wenn wir zur Beantwortung der Frage, welche Massnahmen den Art. 31 BV verletzen, auf die Rechtsnatur des die Massnahme erlassenden Subjektes abstellen, kommen wir zum Ergebnis, dass alle Massnahmen wirtschaftspolitischer Natur, die von den Verbänden des öffentlichen Rechts ausgehen gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstossen, und dass alle Massnahmen, die von einem Subjekt des Privatrechts ausgehen, nicht gegen den Art. 31 BV verstossen. Eine solche Unterscheidung wäre klar, aber nicht zweckmässig. Die Anschauung, dass das Erwerbsleben den Subjekten des öffentlichen Rechts zu verschliessen und den Privaten zu überlassen sei, dass die Wirtschaft also eines staatlichen Eingriffes

⁷⁷ Vgl. dazu Heusser S. 11 ff.

⁷⁸ Wir stellen hier die Mittel, mit denen gehandelt wird, dem handelnden Subjekt gegenüber. Diese Gegenüberstellung ist nicht zu verwechseln mit der Unterscheidung von Mitteln und Zweck (vgl. S. 00); diese Unterscheidungen betreffen nicht dasselbe Gebiet.

nicht bedürfe, diese Anschauung (als deren Folge die Wahl des Kriteriums der Rechtsnatur des handelnden Subjektes erscheint) mag bei der Aufnahme des Systems der freien Konkurrenz in die Verfassung im Vordergrund gestanden haben; heute ist aber diese nationalökonomische Anschauung nicht mehr von derselben Bedeutung wie damals. Heute muss unter dem Druck der äusseren Verhältnisse dem Staat in gewissem Rahmen eine Befugnis zur Wirtschaftspolitik zugestanden werden. Wir dürfen deshalb nicht ausschliesslich und allein auf die Rechtsnatur des ein Massnahme erlassenden Subjektes abstellen, das würde heute zu unhaltbaren praktischen Ergebnissen führen.

2. Legen wir der Unterscheidung zwischen den den Art. 31 BV verletzenden und den vor Art. 31 BV zulässigen Massnahmen als Kriterium die Mittel, mit denen die betreffende Massnahme durchgeführt werden soll, zugrunde, gelangen wir zum Ergebnis, dass alle Massnahmen wirtschaftspolitischer Natur, die unter Anwendung von Mitteln, denen gegenüber das Individuum machtlos ist, von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge, durchgeführt werden, mit der Handels- und Gewerbefreiheit unvereinbar sind. Als Folge der Wahl dieses Kriteriums ergibt sich somit dass alle mit spezifisch staatlichen Mitteln durchgeführten Massnahmen vor Art. 31 BV unhaltbar sind, gleichgültig, ob sie durch den Staat oder durch einen Privaten erlassen wurden. Die naturrechtlichen Ideen von der Freiheit des Menschen, die der Wahl des Kriteriums der angewandten Mittel zugrunde liegen, haben heute wesentlich stärkeres Gewicht als die nationalökonomische Komponente der Handels- und Gewerbefreiheit. So erhebt sich die Frage, ob nicht ausschliesslich auf dieses Kriterium abgestellt werden soll.

Wenn wir aber allein auf die angewandten Mittel abstellen, ist das praktisch gleichbedeutend mit einer Konstruktion, die immer dann, wenn der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts mit andern als spezifisch staatlichen Mitteln auftreten, diese im speziellen Fall als Subjekte des Privatrechts ansieht, und die immer dann, wenn der Private mit spezifisch staatlichen Mitteln tätig wird, den Privaten im konkreten Fall als Subjekt des öffentlichen Rechts betrachtet; das wäre letzten Endes gleichbedeutend mit einer Konstruktion, die die Rechtsnatur eines Rechtssubjektes von Fall zu Fall, je nach dem Auftreten des Subjektes, bestimmt. Gewiss, es ergäbe keinen innern Widerspruch, immer dann, wenn spezifisch staatliche Mittel zur Anwendung gelangen, die handelnde Person als Subjekt des öffentlichen Rechts zu betrachten und immer

dann, wenn keine spezifisch staatlichen Mittel angewendet wurden, die handelnde Person als Privaten anzusehen — es ergäbe dies genau so wenig Widerspruch, wie die umgekehrte Annahme, dass jedesmal, wenn der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts handeln, sie dies mit spezifisch staatlichen Mitteln tun, und dass immer, wenn der Private handle, er mit den ihm eigenen Mitteln tätig werde. Beide Konstruktionen sind an sich logisch korrekt, aber sie entsprechen nicht den Gegebenheiten der Praxis. — Wir haben zur Kennzeichnung der Rechtsnatur der Verbände des öffentlichen Rechts die Gesamtheit ihrer Beziehungen zum Staat gewählt⁷⁹, weil wir uns sagten, dass nur eine Wertung der Gesamtheit aller Rechtsbeziehungen zu einer richtigen Charakterisierung des Rechtssubjekts führen kann, weil die Wertung nach einem einzigen Kriterium allein der tatsächlichen Stellung des Rechtssubjekts nicht Rechnung trägt; für die Natur des Rechtssubjekts ist die Gesamtheit seiner Beziehungen massgebend. Da dürfen wir jetzt aber nicht nur ein einzelnes Merkmal herausgreifen und auf Grund dieses einzelnen Merkmals die Rechtsnatur des beteiligten Subjektes von Fall zu Fall bestimmen wollen. Eine solche Bestimmung der Rechtsnatur von Fall zu Fall ist mit unseren Ansichten nicht vereinbar; der Staat und die Verbände des öffentlichen Rechts bleiben Subjekte mit öffentlich-rechtlichem Charakter, auch wenn sie einmal mit andern als spezifisch staatlichen Mitteln auftreten; ebenso bleibt der Private Subjekt des Privatrechts, auch wenn er ausnahmsweise mit spezifisch staatlichen Mitteln handeln kann. Dadurch, dass wir zur Abklärung der Rechtsnatur eines Verbandes die Gesamtheit aller seiner Rechtsbeziehungen werten, anerkennen wir, dass nicht unbedingt alle Merkmale ausnahmslos miteinander übereinstimmen müssen. So ist möglich, dass die handelnde Person zwar mit spezifisch staatlichen Mitteln tätig wird (was wir als Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter gewertet haben), aber durch ihre übrigen Rechtsbeziehungen, die gegenüber dem einzelnen Auftreten mit spezifisch staatlichen Mitteln prädominieren, zu einem Subjekt privat-rechtlichen Charakters geprägt wird. Selbst dann, wenn dem Privaten einmal spezifisch staatliche Mittel zur Verfügung stehen, ist er in seinen übrigen Rechtsbeziehungen dem Staate nicht gleichgestellt: Der Private unter-

⁷⁹ Vgl. S. 29, Anm. 11. Aehnliche Ueberlegungen bei Fleiner, Institutionen S. 328: «Mit der Entscheidung über den öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter der Anstalt wird das Urteil über alle ihre möglichen rechtlichen Beziehungen gefällt.»

liegt der Besteuerung — nicht so das Subjekt des öffentlichen Rechts; der Private unterliegt der Zwangsvollstreckung — für die Subjekte des öffentlichen Rechts hat eine allenfalls stattfindende Zwangsvollstreckung nicht dieselben schweren Folgen wie für den Privaten; der private Unternehmer ist auf Gewinnerzielung aus der Betriebsführung angewiesen, weil er sonst nicht existieren kann — nicht so die Unternehmungen der öffentlichen Hand.

In den meisten Fällen wird es nun ja so sein, dass hinter den spezifisch staatlichen Mitteln ein Subjekt des öffentlichen Rechts als Handelnder steht, meistens werden auch die nicht spezifisch staatlichen Mittel von Privaten angewendet werden; ausnahmslos trifft dies aber eben nicht zu.

Wir lehnen also die Annahme ab, dass immer dann, wenn ein spezifisch staatliches Mittel angewandt wird, das handelnde Subjekt als ein solches öffentlichrechtlichen Charakters betrachtet wird und dass dann, wenn andere als spezifisch staatliche Mittel zur Anwendung gelangen, die handelnde Person als Privater gelten soll. Damit lehnen wir in der Folge auch ab, zur Beurteilung der Frage, welche Massnahmen den Art. 31 BV verletzen, allein auf die zur Anwendung gebrachten Mittel abzustellen.

3. Eine angemessene Beurteilung der Frage, welche Massnahmen die Handels- und Gewerbefreiheit verletzen, ist nur möglich bei Berücksichtigung beider vorerwähnten Unterscheidungsmerkmale: Mit Art. 31 BV unvereinbar sind Massnahmen, die vom Staat oder den Verbänden des öffentlichen Rechts unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge durchgeführt werden. Demnach wird Art. 31 BV nicht verletzt durch Massnahmen, die vom Staat mit andern als spezifisch staatlichen Mitteln durchgeführt werden, und Art. 31 BV kann nicht verletzt werden durch Massnahmen, die von Privaten unter Anwendung spezifisch staatlicher Mittel unternommen werden.

Es kann nicht bestritten werden, dass dabei in einigen Fällen unbefriedigende Ergebnisse zustandekommen; so etwa dann, wenn der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts und ein Privater mit denselben Mitteln die Erwerbsfreiheit beeinträchtigen: Dem Staate wird dann durch Art. 31 BV die Beeinträchtigung verboten, dem Privaten nicht. Dabei beschränkt die Beeinträchtigung der Erwerbsfreiheit durch den Privaten den Bürger genau gleich in seiner Freiheit, wie die Beeinträchtigung durch Verbände des öffentlichen Rechts. Ferner ist es auch unbefriedigend, den Staat im Konkurrenzkampf mit den Privaten zu sehen; jede Konkurrenz schränkt schliesslich die Erwerbsfreiheit des

Privaten zugunsten des Staates ein⁸⁰; auch wenn der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts nicht mit spezifisch staatlichen Mitteln tätig werden und deshalb den Art. 31 BV nicht verletzen, so ist es eben doch eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit durch den Staat. Aber diese unbefriedigenden, innerlich nicht ganz widerspruchsslosen Ergebnisse rühren eben letzten Endes daher, dass den Verbänden des öffentlichen Rechts überhaupt zugestanden wird, anders als nur mit spezifisch staatlichen Mitteln aufzutreten⁸¹ und dass dem Privaten zuerkannt wird, mit spezifisch staatlichen Mitteln tätig zu werden. Dies ist der eigentliche Grund der logischen Spannung, nicht etwa der, dass wir für die Beurteilung der Frage nach den die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Massnahmen zwei Kriterien miteinander kombinieren. Würden die Subjekte des öffentlichen Rechts stets mit spezifisch staatlichen Mitteln, die Subjekte des Privatrechts immer mit den ihnen eigenen Mitteln auftreten, könnten wir, wie schon gezeigt, beide Kriterien miteinander anwenden, ohne zu widerspruchsvollen Ergebnissen zu gelangen. Den Widerspruch dadurch zu beseitigen, indem nur noch ein Kriterium angewendet würde (so z. B. das Kriterium der angewandten Mittel), ist meines Erachtens nicht statthaft, denn die beiden, in der Handels- und Gewerbefreiheit enthaltenen Komponenten verlangen die Anwendung beider Kriterien. Auch wenn das Unterscheidungsmerkmal des handelnden Subjekts (entsprechend der ökonomischen Komponente) heute an Bedeutung verloren hat, so dürfen wir es doch nicht einfach gänzlich unberücksichtigt lassen.

Mag es auch unbillig erscheinen, dass der Private, der mit denselben spezifisch staatlichen Mitteln wie die Subjekte des öffentlichen Rechts die Erwerbsfreiheit beeinträchtigt, in seinem Tun nicht durch Art. 31 BV gehindert wird, dürfen wir doch folgenden Umstand nicht vergessen: Auch wenn für den Privaten die Schranken des Art. 31 BV nicht bestehen, darf er trotzdem nicht in schrankenloser Willkür walten, auch seinem Auftreten sind gewisse Grenzen gesetzt. Nur handelt es sich bei diesen Grenzen im Gegensatz zu den Normen der Verfassung, die in diesem speziellen Fall auf die Subjekte des öffentlichen Rechts zugeschnitten sind, um Normen, die der Rechtsnatur des Privaten entsprechen. Davon wird weiter unten noch die Rede sein.

D) In den vorgängigen Ausführungen über die Handels- und Gewerbe-

⁸⁰ Vgl. dazu Marti S. 215.

⁸¹ In diesem Sinne auch Heusser, II. Kap., insbes. S. 33 ff.; 39 ff.; 43 ff.

freiheit wurde neben der von uns als richtig erkannten Interpretation noch eine andere, früher herrschende Auslegung erwähnt. Diese früher herrschende Auslegung fusst auf der klassisch-liberalen Staatsrechtslehre; die von uns vertretene Auffassung baut auf liberalen Grundsätzen auf, ist aber in gewissem Masse mit sozialen Elementen durchsetzt. Die klassisch-liberale Interpretation von Art. 31 BV ist, wenn auch überholt, so doch logisch korrekt und in sich geschlossen. Logisch ebenso korrekt und ohne inneren Widerspruch ist auch die heute vorherrschende gemässigte liberale Interpretation. Logisch nicht einwandfrei und innerlich widerspruchsvoll ist aber eine Vermengung der beiden Interpretationen; ja eine solche Vermengung ist nicht nur widerspruchsvoll, sie führt auch in der Praxis zu unhaltbaren Ergebnissen. Es geht nicht an, sich auf die klassisch-liberale Lehre zu berufen und zu erklären, faktische Monopole seien von jeher zulässig gewesen — ohne dabei auch die liberale Forderung zu berücksichtigen, der Staat habe sich jeder Erweiterung seiner Tätigkeit und jeder Einschränkung des Gebietes des freien Erwerbes zu enthalten; es geht nicht an, mit der gemässigt liberalen Lehre zu erklären, der Staat könne die Grenze zwischen freier Erwerbstätigkeit und Staatsaufgabe bei Vorliegen von Gründen des öffentlichen Wohles verschieben, und dann noch zu behaupten, faktische Monopole seien in keinem Fall — also auch nicht bei bloss fiskalischer Begründung⁸² — durch Art. 31 BV ausgeschlossen. Die Verwaltungsbehörden haben in dieser Hinsicht oft gesündigt, ja auch das Bundesgericht hat eine Trennung der beiden Lehren nicht immer klar genug vollzogen⁸³.

⁸² Eine Ansicht, die selbst Fleiner nicht anerkennt: Auch Fleiner erachtet ein faktisches Monopol nur dann als zulässig, wenn es durch das öffentliche Wohl begründet ist; vgl. Bundesstaatsrecht S. 383.

⁸³ Vgl. dazu BGE 38 I 64: «... , so zutreffend die Ausführungen sein mögen, mit denen Burckhardt an anderer Stelle (Kommentar zur BV S. 276 f. [in der 3. Aufl. S. 229]) die Verfassungsmässigkeit der rechtlichen Monopole begründet, so erscheint doch für den vorliegenden Fall, da es sich höchstens um ein tatsächliches Monopol handelt, jene in der bundesrätlichen Praxis gegebene Begründung als vollkommen genügend.» — Diesem Entscheid 38 I 61 ff. ist allerdings zugute zu halten, dass er im Jahre 1912 gefällt wurde, in einer Zeit also, da die liberalen Ansichten noch stärker verbreitet waren. Der Hinweis auf Burckhardt zeigt aber, dass auch damals schon andere als rein liberale Ansichten vertreten wurden. Und eine Vermengung der beiden Lehren ist, gleichgültig zu welcher Zeit begangen, äusserst problematisch.

II. Der Rechtsschutz der Handels- und Gewerbefreiheit

Art. 31 BV ist formelles und materielles Verfassungsrecht⁸⁴. Der Wortlaut von Art. 31 BV könnte zwar vermuten lassen, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nur mehr ein gesetzeskräftiges Freiheitsrecht darstelle, das heisst, dass nicht nur durch Revision der Verfassung, sondern auch schon durch blossen Erlass von Gesetzen die Handels- und Gewerbefreiheit beschränkt werden könne; dem ist aber nicht so⁸⁵. Der passus «und die auf ihr (sc: der Bundesverfassung) beruhende Gesetzgebung» bezieht sich nicht auf die gesamte, auf der Bundesverfassung beruhende Gesetzgebung, sondern nur auf diejenige, die in Ausführung der verfassungsrechtlich zulässigen Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit (z. B. in Ausführung von Art. 31bis Abs. 3 BV, Art. 39 Abs. 7 BV, Art. 41 Abs. 4 BV etc.) ergangen ist⁸⁶. Art. 31 BV bindet die gesamte Rechtssetzung und Rechtsanwendung von Bund und Kantonen, sofern nicht eine verfassungsrechtlich zulässige Ausnahme zu trifft. Ein Rechtsschutz allerdings ist nicht gegenüber sämtlichen Erlassen gegeben.

A) Gegen die kantonalen Erlasse und Entscheide sind vorerst die kantonalen Rechtsbehelfe gegeben. Darnach kann gegen kantonale Erlasse und Entscheide beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes geführt werden (Art. 113 Ziff. 3 BV und Art. 84 lit. a) OG). Diese staatsrechtliche Beschwerde kann nur nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges erhoben werden (Art. 86 Abs. 2 OG)⁸⁷.

B) Gegen Erlasse des Bundes sieht das Organisationsgesetz keine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung eines Freiheitsrechtes vor⁸⁸. Als

⁸⁴ Vgl. dazu auch Fleiner/Giacometti S. 22, insbesondere Anm. 4.

⁸⁵ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 291 Anm. 56; Nef, Der richterliche Schutz, ... S. 195 f.

⁸⁶ Die Möglichkeit, dass diese Verfassungsstelle einmal anders interpretiert werden wird, ist allerdings gross. Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 291, Anm. 56. In den Gesetzesmaterialien finden sich keinerlei Anhaltspunkte, was mit der Formulierung «und die auf ihr beruhende Gesetzgebung» eigentlich gemeint war. Im Beschlussesentwurf des Bundesrates vom 3. August 1945 ist der erwähnte Passus noch nicht vorhanden, er taucht zum ersten Mal auf im Antrag der national-rätlichen Kommission und ist im Folgenden unumsritten.

⁸⁷ Vgl. dazu auch BGE 45 I 246; 46 I 274; 48 I 105 E. 2; 66 I 6 E. 3.

⁸⁸ Eine Einrichtung, die den heutigen Verhältnissen nicht mehr voll Rechnung trägt; sie stammt aus der Zeit, da der Bund noch relativ wenig Kompetenzen besass. Heute besteht bei der viel weiter fortgeschrittenen Zentralisation ein erheblich grösseres Bedürfnis nach einer Ueberprüfung von Bundeserlassen auf ihre Verfassungsmässigkeit. Vgl. dazu auch Fleiner/Giacometti S. 887.

Rechtsbehelf bleibt hier einzig das akzessorische richterliche Prüfungsrecht⁸⁹. Allein, auch dieser Rechtsbehelf ist unvollkommen: Gemäss Art. 113 letzter Absatz BV ist die höchstrichterliche Instanz und damit die gesamte Iurisdiktion an die von der Bundesversammlung erlassenen Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse gebunden; gegen diese letztgenannten Erlasse besteht allein der politische Schutz des Referendums.

§ 4. Die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit

I. Die Regalisierungsbeschränkungen

A) Wir haben gesehen, dass Beschränkungen des Gebietes der freien Erwerbstätigkeit durch den Staat, insbesondere Regalisierungen, generell zulässig sind, wenn sie materiell durch Gründe des öffentlichen Wohles gefordert und formell auf gesetzlicher Grundlage eingeführt werden. Vorerst werden wir nun zu untersuchen haben, ob eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im öffentlichen Wohl begründet sein könne, und zwar sollen hier nicht die polizeilich bedingten Beschränkungen (von denen an anderer Stelle noch zu sprechen sein wird), sondern die Regalisierungsbeschränkungen, bei denen das Recht auf Ausübung der Tätigkeit vorbehalten wird (Regalisierung und echte Konzessionierung, Konzessionerteilung mit Berücksichtigung der Bedürfnisfrage), besprochen werden; sodann wird auch noch auf das formelle Erfordernis der Gesetzmässigkeit der Beschränkung einzutreten sein.

1. Viele Autoren bekennen sich zu der Ansicht, dass eine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit, die im öffentlichen Wohl liege, vor Art. 31 BV zulässig sei; keiner dieser Autoren umschreibt aber näher den Begriff des «öffentlichen Wohles». An dieser Stelle können wir nicht eine Abklärung des Begriffes unternehmen, das würde zu weit

⁸⁹ Das akzessorische richterliche Prüfungsrecht setzt allerdings ein gerichtliches Verfahren voraus; es wurde z. B. ein verfassungswidriger Erlass durch einen Bürger nicht befolgt, weswegen er bestraft werden soll. Der Strafrichter hätte dann akzessorisch die Verfassungsmässigkeit des nicht befolgten Erlasses zu prüfen.

führen. Für unsere weiteren Betrachtungen sei der Begriff des «öffentlichen Wohles» als das unmittelbare Interesse der Allgemeinheit verstanden. Unmittelbar soll der Allgemeinheit gedient sein; denn letzten Endes sollte jede Staatstätigkeit dem Wohl der Allgemeinheit dienen; der Begriff des «öffentlichen Wohles» wäre deshalb ohne das Merkmal einer gewissen Unmittelbarkeit des Nutzens für die Allgemeinheit viel zu weit¹, und besässe überhaupt keinen Erkenntniswert. Ferner soll die Öffentlichkeit, die Allgemeinheit durch das «öffentliche Wohl» begünstigt werden, nicht etwa bloss ein beschränkter Personenkreis. Es muss die Möglichkeit bestehen, dass einer unbestimmten Vielzahl von Bürgern gedient wird². Ebenso sei erwähnt, dass sich das «öffentliche Wohl» nicht mehr wie früher³ im wesentlichen auf den Schutz der Bürger in ihren Rechten beschränkt, sondern dass heute unter dem Begriff des «öffentlichen Wohles» auch eine in gewissem Masse betriebene staatliche Fürsorgetätigkeit fällt. Zudem sei darauf hingewiesen, dass sich der Begriff des «öffentlichen Wohles» im Laufe der Zeiten wandelt, es verändert sich die Auffassung darüber, was als unmittelbares Interesse der Allgemeinheit zu betrachten ist. Es ist unbestreitbar, dass in verschiedenen Zeitepochen die menschlichen Werte verschieden hoch eingeschätzt werden: In gewissen Zeiten wird beispielsweise die persönliche Freiheit höher geschätzt als die wirtschaftliche Sicherheit; ewig und für alle Zeiten gelten diese Wertungen nicht. So wird in einer Epoche, in der die Freiheit des Individuums sehr hoch eingeschätzt wird, der Begriff des unmittelbaren Interesses der Allgemeinheit eher eng zu ziehen sein, während er zweifellos an Umfang zunehmen wird, wenn die Freiheit des Individuums an Bedeutung einbüsst.

Die Vorstellung nun, dass das, was im Interesse der Allgemeinheit liegt, der Willkür des Privaten entzogen und durch den Staat wahrgenommen werden soll, bringt den Begriff des öffentlichen Wohles in

¹ Unhaltbar, weil viel zu weitgehend ist auch die Begriffsbestimmung durch das Bundesgericht, welches als im «allgemeinen Wohl» liegend alles das betrachtet, was nicht «zu bloss fiskalischen Zwecken» geschieht. Vgl. dazu Zentralblatt 1951, S. 267.

² Ob auch tatsächlich mehrere Bürger Nutzniesser sind, ist unwesentlich; wesentlich ist, dass die Möglichkeit des Nutzens einer unbestimmten Vielzahl von Personen offensteht. Vgl. dazu auch über den Begriff der Öffentlichkeit im Polizeirecht: Fleiner, Institutionen S. 398, 400: Öffentlichkeit auch dann, wenn «der Einzelne als Glied der Gesellschaft» in Frage steht.

³ Vgl. dazu Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 383: Beschränkung des Begriffes des «öffentlichen Wohles» auf die Polizeitätigkeit: «... aus Rücksichten der öffentlichen Gesundheitspflege, Feuersicherheit usw., also aus polizeilichen Gründen...».

eine gewisse Beziehung zum Kreis der Staatsaufgaben. So ist denn, je nachdem der Begriff des öffentlichen Wohles weiter oder enger gefasst ist, auch der Kreis der Staatsaufgaben grösser oder kleiner gezogen; eine unveränderlich gültige Ausmarchung gibt es auch hier nicht⁴. Wir wollen nun im Folgenden abzuklären versuchen, ob eine regalmässige Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im öffentlichen Wohl liegen könne.

Durch das öffentliche Wohl wird ohne Zweifel die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie gefordert. Diese «Versorgung» der Bevölkerung mit elektrischer Energie setzt sich zusammen aus Energieerzeugung, Energieverteilung und Energiezuleitung zu den Häusern der Konsumenten. Diese haben jedoch von der Energieversorgung solange keinen Nutzen, als sie in ihren Gebäuden nicht auch Vorrichtungen besitzen, die ihnen den Verbrauch der Energie ermöglichen. So ist nicht zu bestreiten, dass die Erstellung von Hausinstallationen in nahem Zusammenhang mit der Energieversorgung steht; aber man ginge meines Erachtens zu weit, würde man die Erstellung von Hausinstallationen schlechthin der Energieversorgung gleichstellen; das heisst, man ginge zu weit, würde man die allgemein anerkannte Zulässigkeit einer Monopolisierung der Energieverteilung einfach auf die Erstellung von Hausinstallationen übertragen. Elektrische Energie wird erzeugt, damit diese der Bevölkerung Dienste leiste. Um diesen Zweck zu erfüllen, setzt das Gemeinwesen eine erste Prämisse: Es versorgt die Bevölkerung mit elektrischer Energie. Der Endzweck der Leistung von Diensten ist aber damit noch nicht erfüllt, denn um die angebotenen Dienste verwerten zu können, müssen noch bestimmte Einrichtungen, die Hausinstallationen, vorhanden sein. Um den Zweck vollständig zu erfüllen muss also noch eine zweite Prämisse gesetzt werden: Die Hausinstallationen müssen montiert werden. Die erste Voraussetzung, nämlich die Versorgung mit Energie, wird durch das Gemeinwesen gesetzt. Daraus erfolgt aber nicht zwingend, dass auch die zweite Prämisse, die Erstellung von Hausinstallationen, durch das Gemeinwesen gesetzt werden muss⁵. Es ist noch in

⁵ Anderer Meinung ist Baumgartner S. 60 ff. Zu Recht sieht auch er den Zusammenhang zwischen Energieversorgung und Erstellen von Hausinstallationen; er geht aber zu weit, wenn er behauptet, die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie bedinge notwendig oder doch zweckmässig eine Monopolisierung von Hausinstallationen.

⁴ Damit ist auch zugegeben, dass die hier versuchte Abklärung nur solange Gültigkeit haben kann, als sich die massgeblichen Verhältnisse nicht ändern. Andere Zeiten mögen den Begriff des öffentlichen Wohles anders bestimmen.

vielen Fällen so, dass der Staat zur Erreichung eines bestimmten Zweckes eine erste Prämisse setzt und der freien Initiative des Bürgers das Setzen der zur Erreichung des Zweckes ebenfalls notwendigen zweiten Prämisse überlässt⁶. Die Ausübung einer Tätigkeit durch den Staat ist nicht in jedem Fall die allein mögliche Garantie einer einwandfreien Ausübung. Man darf in ungezählten Fällen auch auf die Initiative des Privaten abstellen, ohne dabei Schlimmes befürchten zu müssen; ja in vielen Fällen ist das private Gewerbe ungleich leistungsfähiger als der staatliche Betrieb. Es ist ein Irrtum, der auf eine einseitige Betrachtung der Dinge zurückgeht, zu glauben, durch staatliche Monopolbetriebe werde das Wohl des Bürgers auf alle Fälle am besten verwirklicht. Der Bürger ist fähig, einen grossen Teil seiner Bedürfnisse ohne staatliches Dazwischentreten zu befriedigen. Es sei hier also die Ansicht vertreten, dass eine Zusammenfassung von Energieversorgung und Erstellen von Hausinstallationen nicht gerechtfertigt sei, dass im Gegenteil das Erstellen von Hausinstallationen selbständig und von der Energieversorgung gesondert zu betrachten sei.

Dass die Energieverteilung durch das Gemeinwesen monopolisiert ist, wird heute durchwegs als zulässig erklärt. Es ginge auch nicht an, jedem Bürger zu gestatten, Kabel oder Freileitungen für den Energietransport zu errichten; das liegt in der Natur der Dinge. Darüber hinaus aber zu erklären, das öffentliche Wohl bedinge eine Monopolisierung der Installationstätigkeit, geht zu weit. Das private Installationsgewerbe ist im allgemeinen durchaus in der Lage, die gestellten Anforderungen nach einwandfreier Ausführung der Installationsarbeiten zu erfüllen. Ja, es darf wohl mit Recht behauptet werden, die Installationsarbeiten könnten nicht besser ausgeführt werden, wenn sie statt durch private Installateure durch die Angestellten der Elektrizitätswerke ausgeführt würden. Das öffentliche Wohl vermag grundsätzlich keine Begründung dafür zu geben, dass die Installationsarbeiten monopolmässig durch die Elektrizität

⁶ Ein Beispiel sei hier aufgeführt: Der Staat stellt dem Bürger seine Gerichtsorganisation zur Verfügung. Diese Gerichtsorganisation ist aber heute dermassen kompliziert, dass ein Nichtfachmann einen Zivilprozess kaum selbständig mit Erfolg zu Ende führen kann. Er wird sich entschliessen müssen, einen Juristen beizuziehen. Auch in diesem Fall hat der Bürger praktisch nur dann einen Nutzen von der Gerichtsorganisation, wenn er seinen Zivilprozess durch einen Juristen führen lässt. Die erste Prämisse (das Zurverfügungstellen der Gerichtsorganisation) setzt auch hier das Gemeinwesen; das Setzen der zweiten Prämisse (das Beiziehen des Juristen) wird dem Bürger überlassen. Und hier wird man auch nicht behaupten wollen, die Gerichte (bzw. der Staat) könnten aus Gründen des öffentlichen Wohles die Anwaltstätigkeit monopolisieren.

tätswerke auszuführen wären. Nur dort, wo das private Gewerbe nicht in der Lage ist, den gestellten Anforderungen nach einwandfreier Ausübung der Arbeiten zu genügen, oder dort, wo die Existenz des Elektrizitätswerkes ohne ein Installationsmonopol in Frage steht⁷, darf sich das Elektrizitätswerk die Installationsarbeiten regalmässig vorbehalten. Die Frage, wann das private Gewerbe den gestellten Anforderungen nicht zu genügen vermag, ist im konkreten Fall durch die zuständigen Behörden abzuklären. So wird zum Beispiel das private Installationsgewerbe in den Städten und grösseren Ortschaften praktisch immer in der Lage sein, die vom Publikum gewünschten Dienste zu leisten. In kleineren Ortschaften allerdings, wo es durchaus möglich ist, dass bald ein Installationsgeschäft durch einen Privaten betrieben wird, bald auch keines, liegen die Dinge etwas anders. Wenn hier das private Gewerbe keine Gewähr bietet, dass es ständig in der Lage sein wird, die notwendigen Arbeiten auszuführen⁸, fordert das öffentliche Wohl, dass das Elektrizitätswerk selbst die Ausführung der Installationsarbeiten übernimmt. In diesem Fall darf sich dann das Werk die Erstellung und Reparatur von Hausinstallationen auch regalmässig vorbehalten; denn es kann nun nicht einfach als Lückenbüsser betrachtet und herbeigezogen werden, wenn gerade kein privates Installationsgeschäft betrieben wird. Es dient dem allgemeinen Interesse, dass eine gewisse Beständigkeit der Betriebsführung insofern vorliegt, als dem Publikum jederzeit jemand zur Verfügung stehen muss, der die notwendigen Arbeiten verrichten kann.

Allein deshalb das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Monopolisierung der Installationstätigkeit durch die Elektrizitätswerke zu bejahen, wenn es gilt, dem Werkpersonal genügend Arbeit zu erhalten, geht meines Erachtens zu weit⁹; es ist in diesem Punkte der Auffassung des Bundesgerichtes nicht zu folgen¹⁰. Die Handels- und Gewerbefreiheit gebietet, dass die vorhandenen Arbeitsmöglichkeiten in erster Linie dem privaten Gewerbe zukommen müssen, sofern das pri-

⁷ Was aber sehr selten der Fall sein dürfte. Vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen im Zentralblatt 1951, S. 438, sowie oben S. 25 und unten S. 60 f.

⁸ Natürlich kann sich der einzelne Installateur nicht dafür verbürgen, dass ständig ein privates Installationsgeschäft betrieben wird; die Forderung nach steter Möglichkeit der Ausführung der notwendigen Arbeiten trifft das Kollektivum des Gewerbes. Dabei ist sachlich nach Erfahrungstatsachen und mutmasslicher Entwicklung der Dinge in Zukunft zu beurteilen, ob das private Gewerbe diese Forderung erfüllt oder nicht.

⁹ Vgl. oben Anm. 7.

¹⁰ Vgl. BGE 38 I 65 und die darauf beruhende Praxis, insbesondere die oben S. 22 f. zitierten Entscheide.

vate Gewerbe im Stande ist, die auszuführenden Arbeiten einwandfrei zu verrichten. Eher haben die Elektrizitätswerke ihren Personalbestand zu reduzieren — dies aber selbstverständlich nur soweit, dass die Erfüllung ihrer Aufgabe nicht in Frage gestellt wird —, als dass sie das Privatgewerbe aus seinem Wirkungskreis verdrängen. Unsere Verfassung steht nun einmal auf dem Standpunkt, dass das Erwerbsleben grundsätzlich Sphäre des Privaten sein soll, nicht Domäne des Gemeinbetriebes; unsere Verfassung fordert, dass der Gemeinbetrieb das Privatgewerbe nur dort verdrängen darf, wo dies zwingend durch das öffentliche Wohl gefordert wird, das heisst, wo das Privatgewerbe nicht in der Lage ist, die vorhandenen Bedürfnisse in einwandfreier Weise zu befriedigen.

Diese hier vertretene Lösung des Problems scheint einen grossen Nachteil zu besitzen: Am einen Orte mag eine regalmässige Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen rechtmässig zugunsten eines öffentlichen Elektrizitätswerkes errichtet werden, während solche Beschränkungen an andern Orten unzulässig sind. Das ist aber gar kein Nachteil, sondern ein nicht zu unterschätzender Vorteil dieser Lösung: Durch die Möglichkeit einer verschiedenen Beurteilung ist die Möglichkeit einer Anpassung an verschiedene Verhältnisse gegeben. Und schliesslich wird eine allzugrosse Uneinheitlichkeit dadurch verhindert, dass für alle Fälle von regalmässigen Beschränkungen der Installationstätigkeit der Rechtsbehelf einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Handels- und Gewerbe-freiheit an ein und dieselbe Instanz, das Bundesgericht, offensteht.

Ein weiterer Nachteil dieser Lösung kann darin erblickt werden, dass den Elektrizitätswerken praktisch immer dort das Installationsgeschäft überlassen bleibt, wo es unrentabel ist; denn es wird das Privatgewerbe eben immer dort nicht alle Gewähr für einwandfreie Erfüllung seiner Aufgabe bieten, wo kein grosser Gewinn lockt. Allein, das ist ein Nachteil, der sich zwingend aus der Anerkennung der Handels- und Gewerbe-freiheit ergibt; es ist eine logische Folge der Auffassung, dass die vorhandenen Arbeitsmöglichkeiten in erster Linie von Privaten ausgenützt werden, eine Konsequenz der Anschauung, dass es besser sei, der Staat beschaffe sich seine Einnahmen durch offene Besteuerung und überlasse dafür das Erwerbsleben den Bürgern, als dass er eine staatseigene Wirtschaft errichte. Um diesem Nachteil zu begegnen, wäre das System der

freien Konkurrenz, die Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit, überhaupt abzuschaffen.

Hingegen ist auch in den Fällen, wo die Ausführung der Installationsarbeiten durch das Elektrizitätswerk regalmässig vorbehalten werden darf, eine Betriebsführung nach kaufmännischen Grundsätzen nicht ausgeschlossen¹¹.

2. Wenn für die Einschränkung des Gebietes der freien Erwerbstätigkeit formell eine gesetzliche Grundlage gefordert wird, hat das wohl den Sinn, dass der Souverän selbst darüber entscheiden kann, was er als im öffentlichen Wohl gelegen betrachtet. Auch darf ja der Staat nach anerkannter Lehre nur diejenigen Aufgaben übernehmen, die ihm durch Verfassung und Gesetz zugewiesen sind¹²: Der Kreis der Staatsaufgaben soll durch den Souverän bestimmt werden; es soll nicht irgend eine Verwaltungsbehörde — unter Umständen entgegen dem Willen des Souveräns — unter Berufung auf das öffentliche Wohl die Freiheit des Bürgers einengen können.

So einleuchtend diese Forderung nach gesetzlicher Grundlage von Beschränkungen der Erwerbsfreiheit ist, ist ihr doch die Praxis nicht immer gefolgt¹³. Das kann uns aber nicht hindern immer und immer wieder zu betonen, dass es sich hier um eine Forderung handelt, die im Rechtsstaate nicht bestritten werden darf; es ist ja neben anderem auch das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, das den Staat zum Rechtsstaat macht¹⁴. Auch wenn die Praxis immer wieder Einschränkungen des Gebietes der freien Erwerbstätigkeit vornimmt, ohne sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage stützen zu können, ist es Aufgabe der Wissenschaft, auf die Unzulänglichkeit eines solchen Vorgehens hinzuweisen¹⁵.

B) Wenn eine Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit nicht durch Gründe des öffentlichen Wohles gerechtfertigt werden kann, so ist sie dann verfassungswidrig, wenn sie durch den Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts

1. zum Zwecke der Wirtschaftslenkung, und

¹¹ Vgl. dazu BGE 47 I 248 ff.; Eder S. 24.

¹² Vgl. dazu Marti S. 211.

¹³ Vgl. dazu Burckhardt, Kommentar S. 230 unten.

¹⁴ Vgl. dazu Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates S. 177.

¹⁵ Das sog. Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, das Legalitätsprinzip im weiteren Sinn, ergibt sich nicht aus Art. 4 BV, sondern aus dem Prinzip der Trennung der Gewalten; vgl. Fleiner/Giacometti S. 409.

2. unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge durchgeführt wird.

1. Nicht jede die Handels- und Gewerbefreiheit beschränkende Massnahme braucht wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen und ist dadurch mit Art. 31 BV unvereinbar. Wenn hingegen der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts — praktisch sind es meistens die Gemeinden — eine Tätigkeit dem Privatgewerbe entziehen, um sie sich selbst vorzubehalten; um sich zum Beispiel eine Einnahmequelle zu erschliessen oder um in Erfüllung eines politischen Programms die Produktionsmittel in der öffentlichen Hand zu vereinigen, dann ist dies eine Verletzung des garantierten Systems der freien Konkurrenz und fraglos als wirtschaftspolitische Massnahme zu bezeichnen; denn für diese wirtschaftspolitischen Massnahmen ist ja wesentlich, dass sie den natürlichen Ablauf des Wirtschaftsgeschehens in irgend einer Weise korrigieren wollen. Kurz: Sofern sich die Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen als Massnahme mit wirtschaftspolitischen Zielen dartut, ist die eine Voraussetzung für eine Verletzung von Art. 31 BV gegeben.

2. Es fragt sich nun weiter, welche Mittel, mit denen eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen durchgeführt werden kann, als Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge zu bezeichnen sind. Dabei wollen wir auf einige der möglichen Mittel etwas näher eintreten; es ist aber sehr wohl möglich, dass in der Praxis später auch andere als die hier erwähnten Mittel Anwendung finden; so sollen die folgenden Erörterungen denn auch nicht als abschliessende Aufzählung aller überhaupt denkbaren, sondern bloss als beispielhafte Erwähnung der wohl häufigsten Mittel betrachtet werden.

a) Dem privaten Gewerbe wird durch den Staat oder durch einen Verband des öffentlichen Rechts schlechthin verboten, Installationsarbeiten auszuführen¹⁶. Verbote des Staates oder der Verbände des öffentlichen Rechts sind nach wie vor diejenigen Mittel mit dem reinsten staatlichen Gepräge. Weitere Ausführungen dürften sich deshalb hier erübrigen. Wenn eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen nicht durch Gründe des öffentlichen

¹⁶ In diesem Fall spricht man von unmittelbar rechtlichen Monopolen. Vgl. auch den in BGE 39 I 187 aufgeführten Tatbestand.

Wohles gerechtfertigt werden kann, wenn ferner diese Beschränkung wirtschaftspolitischen Charakter besitzt und durch ein obrigkeitliches, an die Installateure gerichtetes Verbot statuiert wird, dann ist eine solche Beschränkung vor Art. 31 BV unzulässig.

b) Dem Energiekonsumenten wird durch ein obrigkeitliches Gebot vorgeschrieben, die Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen nur durch das Elektrizitätswerk oder durch gewisse, von diesem bestimmte, privilegierte Installateure vornehmen zu lassen¹⁷. Wie die obrigkeitlichen Verbote sind auch die obrigkeitlichen Gebote des Staates oder der Verbände des öffentlichen Rechts als Mittel mit rein staatlichem Gepräge zu bezeichnen. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Installationen durch ein mittelbar rechtliches oder durch ein unmittelbar rechtliches Monopol statuiert wird¹⁸. Wenn also eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen nicht durch Gründe des öffentlichen Wohles gerechtfertigt werden kann, wenn sie ferner wirtschaftspolitischen Charakter trägt und durch ein obrigkeitliches, an die Energiekonsumenten gerichtetes Verbot statuiert wird, dann ist eine solche Beschränkung mit Art. 31 BV nicht vereinbar.

c) In den Energielieferungsverträgen oder Benutzungsregulativen der Elektrizitätswerke bedingen sich diese letzteren öfters aus, dass elektrische Energie nur an diejenigen Konsumenten abgegeben werde, welche die Installationsarbeiten durch das Werk oder durch gewisse, vom Werk nach weitgehend freiem Ermessen bestimmte, privilegierte Installateure ausführen lassen¹⁹. In diesem Fall ist nun wesentlich schwieriger zu entscheiden, ob es sich um ein Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge handelt. — Es ist den Elektrizitätswerken nur deshalb möglich, diese

¹⁷ Hier liegt ein sogenanntes mittelbar rechtliches Monopol vor; (die mittelbar rechtlichen Monopole werden oft auch mit dem wenig glücklichen Namen «Polizeimonopol» bezeichnet).

¹⁸ Vgl. dazu Marti S. 216, der richtig bemerkt, dass es oft bloss eine redaktionelle Frage sei, ob ein Monopol als mittelbar rechtliches oder als unmittelbar rechtliches statuiert werde.

¹⁹ Vgl. dazu auch den Art. 5 des Reglementes des Elektrizitätswerkes Küsnacht vom September 1910: «... Für Anlagen, welche nicht vom EWK oder ohne Bewilligung desselben von anderen Installateuren erstellt worden sind, wird die Stromabgabe ausdrücklich verweigert, ebenso für Motoren, Apparate und Beleuchtungskörper, welche nicht vom EWK oder ohne dessen Bewilligung von anderen Lieferanten bezogen worden sind.»

Monopolklauseln in ihre Energielieferungsverträge oder Benützungsregulative aufzunehmen, weil sie bereits für die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie eine Monopolstellung innehaben. Diese primäre Monopolstellung der Energieversorgung ist rechtlich nicht unzulässig, wie wir verschiedentlich erwähnt haben. Es geht aber hier nicht um die Frage, ob das Versorgungsmonopol der Elektrizitätswerke rechtmässig sei oder nicht, sondern wir haben zu entscheiden, ob es zulässig sei, eine (an sich zwar rechtmässige) Monopolstellung zur Gewinnung einer weiteren Monopolstellung auszunützen; das heisst, wir wollen wissen, ob der Versuch, auf Grund einer bereits bestehenden Monopolstellung eine weitere, sekundäre Monopolstellung zu erlangen, als Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge zu betrachten sei.

Im Wirtschaftsleben können auch Privatpersonen Monopolstellungen erreichen und folglich versuchen, auf Grund der von ihnen erkämpften primären Monopolstellung eine sekundäre Monopolstellung zu erlangen. Die Vermutung, dass es sich hier nicht um ein spezifisch staatliches Mittel handle, liegt nahe, wenn es doch jedem Privaten auch möglich ist, es anzuwenden. Und doch scheint mir da ein Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge vorzuliegen. Denn erstens ist das Zustandekommen eines Monopolgebildes in der Hand eines Privaten zwar durch das System der freien Konkurrenz ermöglicht worden, aber dennoch ist dieses private Monopolgebilde ein Auswuchs, eine anormale Folge dieses Systems. Durch die Anerkennung der freien Konkurrenz sollte ja ausgerechnet die Bildung von gleichgewichtstörenden Faktoren verhindert werden. Es sei deshalb vorerst einmal festgehalten, dass die Ausnutzung einer primären Monopolstellung zur Erlangung einer sekundären an sich zwar noch nicht als spezifisch staatliches Mittel gewertet werden kann, dass sie aber auch in keinem Fall ein dem Privaten eigenes Mittel darstellt; dies deshalb, weil wir nicht die Ausnutzung einer Monopolstellung als ein dem Privaten eigenes Mittel bezeichnen können, wenn schon die Bildung des Monopoles durch Privaten als Anomalie gelten muss. Sodann ist weiter festzustellen, dass es sich bei dem hier in Frage stehenden Monopol hinsichtlich der Energieversorgung um ein ganz besonderes Monopol handelt. Denn wenn ein privates Monopolgebilde immerhin noch eine gewisse Beziehung zur Handels- und Gewerbefreiheit aufweist, indem es nur durch besondere wirtschaftliche Tüchtigkeit im freien Wettbewerb zustandekommen konnte, so trifft dies für das Energieversorgungsmonopol nicht zu. Das Energieversorgungsmonopol der Elektri-

zitätswerke beruht auf dem Energieverteilungsmonopol²⁰; die Monopolisierung der Energieverteilung ihrerseits liegt in der Natur der Dinge begründet. Wenn auch Art. 46 Abs. 3 ElG nach Ansicht einiger Autoren der Gemeinde keine Monopolstellung verschaffen will²¹, so hat diese Bestimmung eben doch zur Folge, dass die Gemeinden sowohl ihre eigenen wie auch die privaten Werke, denen sie die alleinige Berechtigung zur Energieverteilung übertragen haben²², gegen die Konkurrenzierung durch andere Elektrizitätswerke schützen können; es hat diese Bestimmung zur Folge, dass ein einmal bestehendes Werk in seinem Absatzgebiet nicht mehr konkurrenziert werden kann. Das Monopol der Energieversorgung ist deshalb nicht mehr als ein privates Monopol zu betrachten (selbst dann nicht, wenn etwa der Inhaber der Monopolstellung ein Subjekt des Privatrechts ist); meines Erachtens ist es gerechtfertigt, die Ausnutzung des Energieversorgungsmonopoles zur Erlangung der ausschliesslichen, freien Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen als Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge zu betrachten. Wenn daher eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen nicht durch Gründe des öffentlichen Wohles gerechtfertigt werden

²⁰ Dass das Monopol der Energieversorgung auf dem Energieverteilungsmonopol beruhe, stimmt allerdings nicht durchwegs: Die Monopolisierung der Verteilung von Energie führt bei den Energie-Grossbezüglern nicht ohne weiteres zu einer Monopolisierung der gesamten Versorgung mit Energie; der Grossbezüglern kann sich z. B. eine eigene Energieerzeugungsanlage schaffen, womit er nicht mehr auf die durch das Verteilungsmonopol monopolisierte Fremdenergie angewiesen ist. Vgl. dazu Fehr, Die rechtliche Ordnung der Elektrizitätsversorgung S. 52 a ff. Hingegen stimmt unsere Behauptung hinsichtlich der Klein- und Mittelbezüglern, wir können sagen, hinsichtlich der Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität; denn die Versorgung der Bevölkerung ist unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise nicht anders als über das einzige bestehende Verteilungsnetz denkbar. Die Behauptung, dass das Energieversorgungsmonopol auf dem Energieverteilungsmonopol beruhe, trifft deshalb mindestens für die uns beschäftigenden Fragen zu. Vgl. dazu Fehr, aaO. S. 50a ff.

²¹ Vgl. dazu Engelberger S. 116 ff. Engelberger will in der Bestimmung des Art. 46 Abs. 3 ElG nicht eine rechtliche Grundlage für das Monopol der Gemeinde — Elektrizitätswerke, sondern bloss eine expropriationsrechtliche Einsprachebefugnis der Gemeinde erblicken.

²² Vgl. dazu Weber, Das faktische Monopol der Gemeinden..., S. 15 f. des Sonderdrucks (Zentralblatt 1942 S. 155 lit. d). — Praktisch wird immer dann, wenn die Gemeinde selbst kein eigenes Werk betreibt, dem privaten Werk die ausschliessliche Inanspruchnahme des öffentlichen Grund und Bodens zum Erstellen der Leitungen und damit die ausschliessliche Berechtigung zur Energieverteilung gewährt werden; eine Energieverteilung durch mehr als ein einziges Unternehmen im gleichen Absatzgebiet wäre äusserst unrationell, deshalb besteht tatsächlich immer nur ein einziges Verteilerwerk in seinem Absatzgebiet. So bleibt ein einmal bestehendes Werk, sei es ein öffentliches oder ein privates, stets unkonkurrenziert.

kann, wenn ferner diese Beschränkung wirtschaftspolitischen Charakter besitzt und auf Grund der Ausnutzung der Monopolstellung hinsichtlich der Energieversorgung sich ergibt, dann ist eine solche Beschränkung mit Art. 31 BV nicht vereinbar.

d) Im Gegensatz zu den eben erwähnten Mitteln, mit denen sich die schweizerische Praxis schon zu befassen hatte, sei auch hier noch ein weiteres erwähnt, das in unserem Lande noch nie von sich reden machte, das aber doch mehr als bloss akademische Bedeutung besitzt²³. Es ist nämlich den Elektrizitätswerken des Staates oder der Gemeinden, wie allen Gemeinbetrieben, möglich, ihre Betriebsführung auf ganz anderer Grundlage zu gestalten, als dies Privatgewerbe und Privatindustrie tun können. Die Betriebe der Privatwirtschaft können beispielsweise nicht längere Zeit existieren, ohne Gewinn abzuwerfen; wenigstens unter dem heute bestehenden Wirtschaftssystem nicht. Die Betriebe des Gemeinwesens hingegen sind nicht unbedingt auf Gewinnerzielung angewiesen; es besteht für sie die Möglichkeit, allfällige Verluste durch Beiträge aus öffentlichen Mitteln, namentlich aus Steuergeldern, zu decken. Es ist auch für Betriebe des Staates wesentlich leichter, Kredit aufzunehmen, da vielfach eine Staatshaftung zu ihren Gunsten besteht²⁴; ein Umstand, der den wirtschaftlichen Wettbewerb entscheidend beeinflussen kann.

Man ginge nun wohl zu weit, würde man sämtliche Betriebe des Gemeinwesens als schlechthin unzulässig vor Art. 31 BV erklären²⁵, weil sie unter Umständen Mittel anwenden können, die dem Privatgewerbe nicht zur Verfügung stehen. Unzulässig werden erst Akte und Massnahmen des Staates oder der Verbände des öffentlichen Rechts, bei denen auch tatsächlich spezifisch staatliche Massnahmen angewendet werden. Ebenso ginge man zu weit, jeglichen Wettbewerb der Gemeinbetriebe mit den privatwirtschaftlichen Unternehmungen als unzulässiges Mittel zu bezeichnen²⁵. Unzulässig, das heisst, gegen Art. 31 BV verstossend ist es dagegen, wenn die Betriebe des Gemeinwesens auf Grund der nur ihnen als Gemeinbetrieben möglichen Betriebsführung das Privatgewerbe dermassen scharf konkurrenzieren (mit Kampfpreisunterbietung, durch ausserordentliche Zugaben etc.), dass das Privatgewerbe notwendiger-

²³ Vgl. dazu Sogemeier, Die öffentliche Hand... S. 25 ff.; 37 ff.; 45 ff.; 130 f.; 137 ff.

²⁴ Eine Haftung des Gemeinwesens für seine Betriebe besteht automatisch bei unselbständigen öffentlichen Anstalten; wo es das positive Recht vorsieht auch für die selbständigen öffentlichen Anstalten.

²⁵ Vgl. dazu S. 43.

weise den Konkurrenzkampf aufgeben muss, weil es sonst ruiniert würde. Wann nun der Staat oder die Verbände des öffentlichen Rechts die Privatwirtschaft durch unmässige Konkurrenz ruinieren, das heisst, wann für wirtschaftspolitische Massnahmen von Subjekten des öffentlichen Rechts ein unzulässiges Mittel angewendet wird, ist wiederum im konkreten Fall abzuklären. Doch soll nur in Fällen von wirklich ruinöser Konkurrenz des Staates, in Fällen, wo der Gemeinbetrieb seine Stellung regelrecht missbraucht²⁶, das Vorliegen von die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Mitteln bejaht werden. Wir können die Konkurrenzierung der Privatindustrie durch das Gemeinwesen gewissermassen als Parallele zur Besteuerung der Privatindustrie durch den Staat betrachten: Beides, sowohl Konkurrenzierung als auch Besteuerung des privaten Gewerbes wird, wenn in angemessenem Rahmen betrieben, durch Art. 31 BV nicht verboten. Nur dann, wenn durch Konkurrenzierung oder Besteuerung ein wirtschaftslenkender Einfluss auf das private Gewerbe ausgeübt werden soll, und deshalb die Besteuerung prohibitiv und die Konkurrenzierung ruinös werden, dann wird die Schranke des Art. 31 BV aktuell. — Wenn also eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen nicht durch Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt werden kann, wenn ferner diese Beschränkung wirtschaftspolitischen Charakter besitzt und auf Grund einer unmässigen Konkurrenz des privaten Gewerbes von Seiten des öffentlichen Elektrizitätswerkes sich ergibt, dann ist eine solche Beschränkung vor Art. 31 BV unzulässig.

II. Die polizeilichen Beschränkungen

Es wird an dieser Stelle von denjenigen Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen die Rede sein, die wir als vereinbar mit Art. 31 BV erkannt haben, weil sie nicht Wirtschaftslenkung, sondern Aufrechterhaltung von öffentlicher Sicherheit, Ruhe und Ordnung bezwecken.

A) Die bestehenden Erlasse

1. Die rechtlichen Grundlagen

Durch die bundesstaatliche Kompetenzausscheidung sind nach Art. 31bis Abs. 2 BV und Art. 31 Abs. 2 BV sowohl Bund als auch Kantone zum

²⁶ Wie z. B. in den bei Sogemeier S. 47 f. aufgeführten Fällen.

Erlass von Polizeivorschriften ermächtigt²⁷. Der Bund hat von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht und Polizeivorschriften erlassen und dort, wo er Detailfragen nicht selbst normiert hat, seine Kompetenz delegiert. Durch Delegation ermächtigt wurden der Schweizerische Elektrotechnische Verein (SEV) und die Elektrizitätswerke. Die Kantone, die ursprünglich durch die Verfassung allein zum Erlass von polizeilichen Normen kompetent waren, haben praktisch keine Polizeivorschriften betreffend das Hausinstallationswesen erlassen²⁸.

Eine gesetzliche Grundlage für den Erlass von Polizeivorschriften betreffend das Hausinstallationswesen bildet das Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (ElG). Art. 3 ElG²⁹ erteilt dem Bundesrat die Befugnis, Vorschriften aufzustellen zu tunlichster Vermeidung von Gefahren, die sich aus dem Betrieb von Starkstromanlagen ergeben; mit andern Worten: Der Bundesrat wurde zum Erlass von Polizeivorschriften unter anderem auch betreffend das Hausinstallationswesen ermächtigt. Art. 26 ElG überträgt die Kontrolle über die elektrischen Hausinstallationen den Elektrizitätswerken und weist das Starkstrominspektorat³⁰ an, diese Kontrolle der Elektrizitätswerke über die Hausinstallationen zu überwachen.

2. Die darauf beruhenden Erlasse

a) In Ausführung des Art. 3 ElG hat der Bundesrat die Verordnung über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen vom 7. Juli 1933 (Starkstromverordnung, StV) er-

²⁷ Art. 31 bis Abs. 2 BV ermächtigt den Bund zum Erlass gewerbepolizeilicher Vorschriften: «...kann der Bund Vorschriften erlassen über die Ausübung von Handel- und Gewerben...» Es fragt sich nun, ob die im Grunde genommen sicherheitspolizeilichen Vorschriften noch als gewerbepolizeiliche Erlasse im Sinne von Art. 31 bis Abs. 2 BV gelten können. Das ist meines Erachtens zu bejahen. Man darf den Begriff der gewerbepolizeilichen Vorschriften nicht allzu eng fassen und darf auch sicherheitspolizeiliche, die die Ausübung von Handel und Gewerbe regeln, unter Art. 31 bis Abs. 2 BV subsumieren. Sicherheitspolizei und Gewerbepolizei sind nicht Gegensätze, die einander ausschliessen; auch rechtsstaatliche Bedenken können keine erhoben werden, solche Bedenken müssen sich viel eher gegen einen Versuch, mit Polizeierlassen Wirtschaftspolitik zu treiben, richten.

²⁸ Wenn allenfalls noch kantonale Polizeivorschriften betreffend das Hausinstallationswesen statuiert werden, dann im Zusammenhang mit der Normierung der kantonalen Brandversicherungsanstalten.

²⁹ Heute kann Art. 3 ElG auf den Art. 31 bis Abs. 2 BV gestützt werden; vor der Verfassungsrevision von 1947 stellte Art. 3 ElG allerdings eine Kompetenzüberschreitung durch den Bund dar.

³⁰ Vgl. dazu Art. 21 Ziff. 3 ElG.

lassen, deren Abschnitt VII (Art. 120—123ter) von den Hausinstallationen handelt; dieser Abschnitt VII wurde durch den Bundesratsbeschluss vom 24. Oktober 1949 revidiert. Er regelt grundsätzliche Fragen und bildet den grundlegenden Polizeierlass betreffend das Hausinstallationswesen.

Dass auch das Starkstrominspektorat zum Erlass materiellen Polizeirechts befugt sei, ist meines Erachtens nicht anzunehmen. Es kann lediglich Verfahrensvorschriften über die Durchführung der Starkstromverordnung erlassen (Art. 123 Abs. 3, Art. 123ter Abs. 1 StV), und es hat als Beschwerdeinstanz eine gewisse Entscheidungskompetenz (Art. 123bis Abs. 1 StV).

b) In der Starkstromverordnung wird, was die mehr technischen Fragen betrifft, auf die vom SEV erlassenen Vorschriften verwiesen. Diese Hausinstallationsvorschriften des SEV werden durch die Verweisung der Starkstromverordnung zu allgemeinverbindlichen Polizeivorschriften erhoben, soweit sie vom Eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartement genehmigt sind ³¹.

c) Aus der Bestimmung des Art. 26 ElG leiten die Elektrizitätswerke (als kontrollpflichtige Unternehmungen) nicht nur das Recht und die Pflicht zur Kontrolle der Hausinstallationen ³², sondern darüber hinaus auch eine Kompetenz zum Erlass von Polizeivorschriften ab. Dies, wie allgemein anerkannt, nicht zu Unrecht; denn wenn den Elektrizitätswerken schon die Aufgabe, die Hausinstallationen zu kontrollieren, zugewiesen wird, ohne dass dabei diese Aufgabe näher umschrieben ist, darf Art. 26 ElG wohl dahingehend interpretiert werden, dass das Werk, die kontrollpflichtige Unternehmung, selbst die näheren Einzelheiten

³¹ Vgl. dazu Art. 120 bis, Art. 121 Abs. 2 und Art. 121 bis der StV.

³² Es ist schwierig zu entscheiden, ob das Elektrizitätswerk berechtigt ist, für die Kontrolle der Hausinstallationen eine Gebühr zu erheben. In der Praxis wird von den Werken für eine erstmalige Kontrolle keine Gebühr erhoben; erst für durch das Verschulden des Installateurs verursachte Nachprüfungen (mangelhafte Ausführung der Arbeiten, Anmeldung von unfertigen Anlagen zur Kontrolle usw.) fordern die Werke eine geringe Gebühr. — Die Verwaltungsrechtslehre anerkannt Gebühren aber nur dann als zulässig, wenn sie auf besonderer gesetzlicher Ermächtigung beruhen (vgl. dazu Fleiner, Institutionen S. 426). Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich hat beispielsweise die Frage der Kontrollgebühren in Art. 7 Ziff. 6 f. der Vorschriften über die Ausführung von Hausinstallationen im Anschluss an die Verteilnetze des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich, vom 14. Juli 1928, geregelt. Diese Vorschriften über die Ausführung von Hausinstallationen stellen einen Erlass der Gemeindeexekutive dar, welcher seinerseits auf einer Verordnung des Gemeindeparlaments beruht. In diesem und ähnlichen Fällen dürfte wohl das Erfordernis der Gesetzmässigkeit der Gebührenerhebung hinlänglich begründet sein.

über ihre Aufgabe statuieren soll. Man kann hier von einem Schluss vom Zweck auf die Mittel sprechen. Die Elektrizitätswerke haben sehr detaillierte Vorschriften aufgestellt:

α) Sie regeln die Voraussetzungen zur Erteilung der Bewilligungen für die Ausführung von Installationsarbeiten. Als Vorbild dieser Art Polizeierlasse bestehen Richtlinien in Form einer zwischen dem Verband Schweizerischer Elektrizitätswerke (VSE) und dem Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen (VSEI) abgeschlossenen Vereinbarung³³.

β) In den Verordnungen und Reglementen der Elektrizitätswerke betreffend die Abgabe elektrischer Energie finden sich vereinzelt auch etwa Polizeivorschriften³⁴ über das Hausinstallationswesen.

γ) Vorschriften mehr technischer Natur, die aber rechtlich betrachtet ebenfalls Polizeivorschriften darstellen, sind in den sogenannten Werkvorschriften niedergelegt. Es handelt sich dabei um ergänzende technische Bestimmungen zu den Hausinstallationsvorschriften des SEV. Diese Werkvorschriften regeln ausgesprochene Detailfragen und berücksichtigen lokale Verhältnisse.

B) Der Inhalt der Polizeierlasse

Es soll hier im Folgenden nicht nur davon die Rede sein, was die Polizeivorschriften alles an Beschränkungen statuieren, sondern uns interessiert ebenso sehr, was überhaupt als polizeiliche Beschränkung statuiert werden darf; mit andern Worten: nicht nur der Inhalt der Polizeierlasse, sondern auch die Grenze ihrer Zulässigkeit soll untersucht werden. Die bestehenden Polizeivorschriften sind schematisch als Polizeiverbote mit Erlaubnisvorbehalt zu klassieren; das heisst, dass die Installateurstätigkeit nur ausüben darf, wer im Besitze einer Installationsbewilligung³⁵ ist; eine solche Bewilligung ihrerseits wird nur erteilt, wenn

³³ Es handelt sich um die «Normalbedingungen für die Erteilung der Bewilligung zur Ausführung von elektrischen Installationen» vom 2. Dezember 1932. Hier betrachten wir diese «Normalbedingungen» als Vorbilder für Polizeivorschriften; weiter unten werden wir sie noch unter einem andern Gesichtspunkt zu besprechen haben.

³⁴ Die Polizeivorschriften in den Reglementen über die Abgabe elektrischer Energie stellen meist nur eine Wiederholung von bereits an andern Orten statuierten Vorschriften dar. Die Monopolklauseln werden regelmässig in diesen Energie-lieferungs-Reglementen statuiert.

³⁵ Die Installationsbewilligung wird gemeinhin (aber nicht der Terminologie der Verwaltungsrechtslehre entsprechend) als «Installationskonzession» bezeichnet.

die in den Polizeivorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen lassen sich einteilen in Anforderungen an die Person des Bewerbers einerseits und in sachliche Anforderungen betreffend die Ausführung der Arbeit und betreffend die Verwendung von bestimmtem Installationsmaterial andererseits. Auf die *sachlichen* Voraussetzungen, die sich beinahe ausschliesslich mit technischen Fragen befassen, wollen wir nicht näher eintreten; diese Vorschriften über die Ausführung der Installationsarbeiten und die Verwendung von Installationsmaterial sind für den Juristen uninteressant. Dagegen werden wir auf die *persönlichen* Voraussetzungen für eine Erteilung der Installationsbewilligung näher einzutreten haben; im Hinblick auf die persönlichen Voraussetzungen zur Erteilung einer Installationsbewilligung wurde das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen wohl manchmal in ungerechtfertigter Weise beschränkt.

1. Die Verordnung über die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von elektrischen Starkstromanlagen regelt, wie erwähnt, grundsätzliche Fragen.

a) Die *sachlichen* Voraussetzungen zur Erteilung der Installationsbewilligung, Vorschriften vorwiegend technischer Natur, sind in den Art. 120 Abs. 2, 120bis, 120 quinquies, 121, 121bis, 121ter und 122 der Starkstromverordnung umschrieben. Wegleitend für alle technischen Vorschriften ist Art. 120 Abs. 2: Die Hausinstallationen sind nach den anerkannten Regeln der Technik so zu erstellen, dass sie weder für Personen noch Sachen Gefahr bieten.

b) Die *persönlichen* Voraussetzungen zur Erteilung der Installationsbewilligung finden sich in den Art. 120 Abs. 3, 120ter und 120quater der Starkstromverordnung. Hauptvoraussetzung für die Erteilung der Installationsbewilligung soll die Fachkundigkeit des Bewerbers sein; das kontrollpflichtige Elektrizitätswerk soll Installationsbewilligungen nur an diejenigen Personen erteilen, die Gewähr für einwandfreie Ausübung der Arbeiten bieten. Vor der Revision des Abschnittes VII der Starkstromverordnung war es den Elektrizitätswerken überlassen, zu entscheiden, wen sie als fachkundig betrachten wollten. Das hatte gewisse Unzulänglichkeiten zur Folge: Viele Elektrizitätswerke stellten für die Erteilung der Installationsbewilligung zu strenge Erfordernisse auf, andere Werke erteilten hie und da auch gefälligkeitshalber Bewilligungen an Personen, die die normalerweise zu stellenden Anforderungen

nicht erfüllten³⁶. In der revidierten Starkstromverordnung wird nun der Begriff der Fachkundigkeit selbst umschrieben, und zwar abschliessend³⁷. Danach wird als fachkundig betrachtet:

α) wer in den berufskundlichen Fächern die Meisterprüfung für Elektroinstallateure mit Erfolg bestanden hat, oder

β) wer sich über abgeschlossene elektrotechnische Studien an einer schweizerischen Hochschule, an einem kantonalen Technikum oder einer gleichwertigen Lehranstalt und dazu über eine genügende praktische Tätigkeit im Hausinstallationsfach ausweisen kann.

Da die Starkstromverordnung das Erfordernis der Fachkundigkeit abschliessend regelt, dürfen die Elektrizitätswerke bezüglich dieses Erfordernisses keine weitergehenden Anforderungen stellen. Auf keinen Fall dürfen die Elektrizitätswerke die Fachkundigkeit der privaten Installateure schlechthin verneinen, um aus angeblich polizeilichen Gründen die Ausführung der Hausinstallationsarbeiten monopolmässig an sich zu ziehen³⁸; ein solches Beginnen könnte bei der Tüchtigkeit des privaten Installationsgewerbes unmöglich gerechtfertigt werden³⁹. Auch kann es den Elektrizitätswerken nicht gestattet sein, für die Erteilung der Installationsbewilligung neben dem Bestehen der Meisterprüfung in den berufskundlichen Fächern auch noch das Bestehen dieser Prüfung in den geschäftskundlichen Fächern (Buchhaltung, kaufmännische Buchführung, Kalkulation etc.) zu fordern, denn die Starkstromverordnung verlangt in abschliessender Regelung des Erfordernisses der Fachkundigkeit nur die Absolvierung des berufskundlichen Teiles der Meisterprüfung, und das mit Recht⁴⁰. Ausnahmsweise können Installationsbewilligungen auch an Personen erteilt werden, die den allgemeinen Anforderungen nach Fachkundigkeit nicht genügen: Es handelt sich dabei um Sonderbewilligungen für Personen in weitabgelegenen Gebieten, wo

³⁶ Gefälligkeitshalber wurde oft in kleineren Gemeinden eine Bewilligung an einflussreiche Personen (Mitglieder des Gemeinderates usw.) erteilt. Vgl. dazu «Elektroindustrie», 41. Jahrgang (1949), Nr. 51 S. 1527.

³⁷ Vgl. dazu Art. 120 ter Abs. 2 StV; ebenso Weber, Die Umschreibung der Fachkundigkeit... S. 2 ff. des Sonderdruckes. Auch Weber vertritt die Ansicht, die Starkstromverordnung regle das Erfordernis der Fachkundigkeit abschliessend; vgl. Weber, aaO. S. 3, Spalte 2, unten.

⁷⁸ Vgl. dazu den vielkritisierten BGE 47 I 253.

³⁹ Vgl. dazu Weber, Die Umschreibung der Fachkundigkeit..., S. 2 des Sonderdruckes, Spalte 1, unten.

⁴⁰ Dabei ist allerdings noch zu erwähnen, dass das Prüfungsfach Planzeichnen als eindeutig technisches Fach in Zukunft zum berufskundlichen, nicht, wie bisher, zum geschäftskundlichen Teil gehören muss.

keine komplizierten Anlagen zu installieren sind⁴¹, sowie um Bewilligungen für Herstellerfirmen von elektrischen Maschinen und Apparaten, die ihre Erzeugnisse selbst bei der Kundschaft oder in ihren eigenen Betrieben installieren⁴².

Wie es für die Polizeibewilligung charakteristisch ist, dass sie entzogen werden muss, wenn ihr Inhaber die gestellten Anforderungen nicht mehr erfüllt, so ist auch die Installationsbewilligung zu entziehen, wenn deren Inhaber sich in der Anwendung der Sicherheitsvorschriften als unfähig oder unzuverlässig erweist⁴³. Die strengen Polizeivorschriften sollen auch nicht etwa dadurch illusorisch gemacht werden können, dass bei Ausführung der Installationsarbeiten ungeeignete und ungelernte Hilfskräfte verwendet werden⁴⁴.

c) Neben den sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Installationsbewilligung befasst sich Abschnitt VII der Starkstromverordnung in den Art. 120quinquies, 121quater, 123bis und 123ter Abs. 1 mit Verfahrensfragen, sowie in Art. 123ter Abs. 2 mit Sanktionsmöglichkeiten. Darauf ist nicht weiter einzutreten.

2. Die Hausinstallationsvorschriften des SEV wollen wir, da sie rein technischer Natur sind, hier nicht erörtern.

3. Ausser dem Haupterfordernis der Fachkundigkeit des Bewerbers, das in der Starkstromverordnung abschliessend geregelt ist, bestehen in den von den Elektrizitätswerken aufgestellten Normen weitere polizeiliche Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen⁴⁵. Wir wollen einen kurzen Blick auf die durch die Elektrizitätswerke statuierten Polizeierlasse werfen; werden aber unsere Ausführungen auf die wichtigsten Erlasse beschränken müssen, um uns nicht allzusehr in Detailfragen zu verlieren.

⁴¹ Man spricht hier von einer Bewilligung für «Krachenmonteure». Vgl. dazu Art. 120 ter Abs. 3 StV.

⁴² Vgl. dazu Art. 120 ter Abs. 4 und Art. 120 quater Abs. 2 StV.

⁴³ Vgl. dazu Art. 120 ter Abs. 5 StV.

⁴⁴ Vgl. dazu Art. 120 quater Abs. 1 StV.

⁴⁵ Die Verordnungen und Reglemente, in denen solche Vorschriften niedergelegt sind, sind durch die Revision der Starkstromverordnung zum Teil veraltet oder gar ungültig geworden. Sie werden deshalb im Laufe der nächsten Zeit den neuen Vorschriften der Starkstromverordnung angepasst werden müssen. Das gilt speziell auch für die von den Elektrizitätswerken aufgestellten Anforderungen betreffend Fachkundigkeit, die weiter gehen, als die in den neuen Bestimmungen der Starkstromverordnung gestellten Anforderungen. — Auch das Vorbild für diese Polizeivorschriften der Elektrizitätswerke, die «Normalbedingungen», sind revisionsbedürftig.

a) Vielfach verlangen die Elektrizitätswerke, dass der Installateur, der sich um eine Installationsbewilligung bewirbt, in bürgerlichen Rechten und Ehren stehe⁴⁶. Das Werk darf aber wohl nicht darauf abstellen, ob der Bewerber im Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren steht, sondern es hat darauf abzustellen, ob der Leumund des Bewerbers ungetrübt ist. Dabei ergibt nicht jede Trübung des Leumundes einen Grund zur Verweigerung der Installationsbewilligung; nur diejenigen, den Leumund trübenden Handlungen, die mit dem vom Bewerber betriebenen Gewerbe in Zusammenhang stehen, können eine Verweigerung der Bewilligung begründen⁴⁷. Auf den Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte abzustellen statt auf den Leumund, ist deshalb nicht ganz richtig, als einerseits nicht jede Einstellung im Aktivbürgerrecht aus Gründen, die mit der Führung des Gewerbebetriebes im Zusammenhang stehen, erfolgt sein muss. Andererseits kann eine Einstellung im Aktivbürgerrecht nicht erfolgt sein, obschon der Leumund des Bewerbers wegen Verfehlungen im Zusammenhang mit der Führung des Gewerbebetriebes getrübt ist. In diesem letzteren Fall würde, wenn man für die Erteilung der Installationsbewilligung auf den Besitz des Aktivbürgerrechtes abstellte, eine Installationsbewilligung erteilt werden, wo sie verweigert werden sollte, und im ersten Fall würde sie verweigert, wo sie erteilt werden könnte. An den Installateur besonders hohe charakterliche Anforderungen zu stellen, wie dies beispielsweise bei Aerzten, Rechtsanwälten, Apothekern etc. durchaus gerechtfertigt ist, scheint mir nicht am Platze zu sein. Hingegen muss der Installateur selbstverständlich Gewähr dafür bieten, dass er die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig ausführt; das Erfordernis der Fachkundigkeit hätte ja gar keinen Sinn, wenn ein fachkundiger, aber unsorgfältig arbeitender Installateur installieren dürfte.

b) Oft wird auch vom Bewerber gefordert, dass er sich einer soliden Geschäftsführung befleisse, dass er sich insbesondere an angemessene Preise halte und unlauteren Wettbewerb unterlasse⁴⁸.

Eine Verpflichtung des Installateurs zu solider Geschäftsführung in dem Sinne, dass er die ihm übertragenen Arbeiten gewissenhaft ausführt, kann, wie wir oben gesehen haben, zu Recht als polizeiliche Vor-

⁴⁶ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a); oder Art. 2 Ziff. 1 der Vorschriften über die Ausführung von Hausinstallationen ... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

⁴⁷ Vgl. dazu Marti S. 119 f.; auch BGE 67 I 18 E 3.

⁴⁸ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a).

schrift statuiert werden. Vom Installateur hingegen eine solide Geschäftsführung in kaufmännischer Hinsicht zu verlangen, ist bereits fragwürdig; als Polizeivorschrift besonders anfechtbar erscheint mir die Forderung nach angemessenen Preisen⁴⁹ und die Forderung nach Unterlassung des unlauteren Wettbewerbs⁵⁰. Nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis können nicht nur die öffentliche Sicherheit, Ruhe und Ordnung Gegenstand von Polizeierlassen bilden, sondern ebenfalls Treu und Glauben im öffentlichen Verkehr⁵¹. So ist es möglich, dass zum Schutze des Publikums unter gewissen Umständen⁵² durch eine Polizeibehörde Höchstpreise festgesetzt werden dürfen. Es liegen aber keine Gründe vor, für die Ausführung von Installationsarbeiten polizeiliche Höchstpreise anzusetzen. Es ist ja ohnehin zweifelhaft, ob das Elektrizitätswerk, das auf Grund von Art. 26 ElG eine Kompetenz zum Erlass von rein sicherheitspolizeilichen Vorschriften besitzt, auch Polizeivorschriften zum Schutze von Treu und Glauben aufstellen könne.

Ist nun aber schon die Festsetzung von Höchstpreisen als Polizeimassnahme fragwürdig, dann ist es noch viel mehr die Festsetzung eines Minimalpreises⁵³. Die Forderung nach angemessenen Preisen ist durchaus nicht unvernünftig, aber sie darf nicht als verbindliche Polizeivorschrift statuiert werden. Ebenso kann ein allgemeines Verbot des unlauteren Wettbewerbes nicht Gegenstand eines Polizeierlasses sein: Der Schutz von Treu und Glauben durch die Polizeibehörden darf nur zugunsten der Öffentlichkeit, des Publikums geschehen; ein polizeilicher Schutz gegen Preisunterbietung, Schmutzkonzurrenz etc. durch einen Konkurrenten ist nicht möglich⁵⁴. Auch ist die Materie des unlauteren Wettbewerbs durch ein Bundesgesetz geregelt⁵⁵; und wenn dabei dieses

⁴⁹ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 5.

⁵⁰ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a).

⁵¹ Vgl. dazu BGE 49 I 91; 51 I 108; 59 I 112 E 3.

⁵² Nämlich dann, wenn die Gefahr der Ausbeutung des Publikums besonders gross ist; so beispielsweise wenn das Publikum besonders unerfahren ist (Liegenschaftshandel, Heilmittelverkauf) oder wenn es dringend auf den in Frage stehenden Dienst angewiesen ist (Taxameter).

⁵³ Vgl. dazu Marti S. 136 f.

⁵⁴ In dieser Hinsicht zeigt sich deutlich die Doppelnatur der «Normalbedingungen» als Polizeierlass und als Vereinbarung zwischen Interessenverbänden. Die gemeinschaftlich durch den Verband Schweizerischer Elektrizitätswerke (VSE) und den Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen (VSEI) aufgestellten «Normalbedingungen» lassen deutlich gewisse verbandspolitische Tendenzen erkennen, so z. B. die Ausschaltung von Aussenseitern, Preisdrückern, unliebsamer Konkurrenz. Solche Tendenzen dürfen aber nicht in den durch die Elektrizitätswerke als Polizeimassnahmen statuierten Vorschriften ihren Niederschlag finden.

⁵⁵ BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 (UWG).

Bundesgesetz den unlauteren Wettbewerb nur auf (zivilrechtliche) Klage oder (strafrechtlichen) Antrag der einen Partei hin verurteilt, dann darf in der gleichen Materie nicht ein Polizeiverbot erlassen werden, dessen Verletzungen ex officio zu ahnden wären.

c) Des weiteren findet sich auch etwa die Bestimmung, dass Installationsbewilligungen an Ausländer nur erteilt werden sollen, wenn diese seit mindestens drei Jahren in der Schweiz wohnhaft sind⁵⁶. Eine solche Bestimmung kann nur für Angehörige eines Staates gelten, mit dem keine staatsvertragliche Regelung der Gleichstellung von ausländischen Staatsangehörigen mit Schweizerbürgern getroffen wurde. Ist der Bewerber Angehöriger eines Staates, mit dem die Eidgenossenschaft einen Staatsvertrag erwähnten Inhaltes abgeschlossen hat, ist der Ausländer dem Schweizerbürger nach Massgabe des Staatsvertrages gleichgestellt.

Es ist fraglich, ob eine solche Bestimmung überhaupt Polizeirecht darstellt; doch kann vom Standpunkt der Handels- und Gewerbefreiheit dagegen nichts eingewendet werden, denn diese ist grundsätzlich nur den Schweizern garantiert⁵⁷.

d) Die Bedingung, dass die Installationsbewilligung nur dann erteilt werde, wenn der Inhaber innerhalb des Versorgungsgebietes des die Bewilligung erteilenden Elektrizitätswerkes ein Installationsgeschäft betreibt oder eine Werkstatt besitzt⁵⁸, ist dadurch genügend gerechtfertigt, dass der Installateur jederzeit in der Lage sein muss, dringende Arbeiten unverzüglich auszuführen⁵⁹. Selbst die Forderung, einen eigenen Telefonanschluss zu unterhalten⁶⁰, kann bei der weiten Verbreitung des Telephons nicht als unangemessen bezeichnet werden. Ebenfalls nicht schlechthin abzulehnen ist die Forderung, dass die Installationstätigkeit als Hauptberuf betrieben wird⁶¹. Auch diese Bedingung kann damit

⁵⁶ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a).

⁵⁷ Vgl. oben S. 29.

⁵⁸ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. b); oder Art. 1 Ziff. 4 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928; vgl. dazu auch *Zentralblatt* 1951, S. 266, 268.

⁵⁹ Zuzugeben ist allerdings, dass der Bewerber bei Nachsuchen der Bewilligung oft noch nicht im Besitze der Lokalitäten und Einrichtungen ist, die für die Führung eines Installationsgeschäftes notwendig sind; der Bewerber will mit deren Anschaffung bis zur Erteilung der Bewilligung zuwarten. In diesem Falle scheint es mir nicht richtig, die Bewilligung schlechthin zu verweigern, vielmehr sollte sie erteilt werden unter der Bedingung, dass das fehlende Erfordernis nachträglich erfüllt werde.

⁶⁰ Vgl. dazu Art. 1 Ziff. 4 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

⁶¹ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a); oder Art. 2 Ziff. 4 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

begründet werden, dass der Installateur für notwendige Arbeiten stets zur Verfügung stehen muss. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind in den Polizeivorschriften selbst vorgesehen⁶².

e) Die Bestimmung, wonach die Installationsbewilligung nur an Firmen, die im Handelsregister eingetragen sind, erteilt wird, muss wohl als unangemessen bezeichnet werden⁶³. Zur Begründung dieser Bedingung kann meines Erachtens kein triftiges polizeiliches Motiv angeführt werden.

f) Fraglich ist, ob die Stellung einer Kautioⁿ⁶⁴ als polizeiliche Massnahme gefordert werden kann. Die Hinterlegung einer Sicherheitsleistung kann grundsätzlich eine Polizeimassnahme sein, sofern sie nicht prohibitiv hoch festgesetzt ist⁶⁵. Wenn aber das Bundesgericht die Stellung einer Kautio bei Liegenschaftenvermittlern als unzulässig betrachtet⁶⁶, weil keine schutzwürdigen Interessen des Publikums die fordern, muss man sich fragen, ob dann die Pflicht zur Kautionsstellung für Elektroinstallateure bestehen könne. Nun ist es zwar im Baugewerbe allgemein üblich, dass den Handwerksfirmen vom Bauherrn Sicherheitsleistungen für ausgeführte Arbeiten auferlegt werden; aber dabei handelt es sich um privatrechtliche Kautionen. Meines Erachtens kann die Stellung einer Kautio nicht als Voraussetzung für die Erteilung einer Installationsbewilligung, das heisst als Polizeivorschrift, statuiert werden. Zweifellos unangebracht ist aber, dass eine Kautio auch für Waren und Energiebezüge beim Elektrizitätswerk haften soll⁶⁷.

g) Regelmässig wird auch für die Erteilung einer Installationsbewilligung zur Voraussetzung erhoben, dass sich der Bewerber über genügende finanzielle Mittel zur Führung eines Installationsbetriebes ausweisen könne⁶⁸. Meines Erachtens kann nun nicht eigentlich das Vorhandensein von ausreichenden finanziellen Mitteln zum Massstab ge-

⁶² Vgl. dazu Art. 120 bis Abs. 3 StV.

⁶³ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a); oder Art. 2 Ziff. 1 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

⁶⁴ Vgl. dazu «Normalbedingungen» Art. 11; oder Art. 11 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

⁶⁵ Vgl. dazu Salis Nr. 807, 867, 869.

⁶⁶ Vgl. dazu Marti S. 130 und dort erwähnte Zitate.

⁶⁷ «Als polizeiliches Mittel zum Schutz der Kundschaft darf die Kautio nur zur Sicherung von Ansprüchen der Kunden dienen» sagt Marti mit Recht. Eine Sicherheitsleistung zur Deckung allfälliger, wegen Verletzung der gewebepolizeilichen Vorschriften ausgefallter Bussen darf nicht verlangt werden. Vgl. dazu Marti S. 130 und dort aufgeführte Zitate (BGE 48 I 457).

⁶⁸ Vgl. dazu «Normalbedingungen» Art. 2 lit. a; oder Art. 2 Ziff. 4 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

nommen werden, sondern allein die Gewährleistung für sorgfältige und gewissenhafte Ausführung der übertragenen Arbeiten. Würde die fachgemässe Ausführung der Arbeiten darunter leiden, dass der Bewerber zur Führung eines Installationsbetriebes über absolut ungenügende Mittel verfügt, dann kann die Erteilung der Bewilligung verweigert werden, aber nicht etwa deshalb, weil dem Bewerber keine finanziellen Mittel zur Verfügung stehen, sondern deswegen, weil er keine Gewähr für fachgemässe Ausführung der Arbeiten bieten kann. Ungerechtfertigt ist auch der Ausschluss der Konkursiten. Für den Betrieb eines Elektro-Installationsgeschäftes ist die Vertrauenswürdigkeit nicht in besonderem Ausmasse von geordneten finanziellen Verhältnissen abhängig; das mag für andere Berufe zutreffen, aber kaum für Elektroinstallateure⁶⁹.

h) Von einer letzten Bestimmung soll ebenfalls noch die Rede sein, auch wenn sie nicht direkt das Verhältnis Elektrizitätswerk-Installateur betrifft. Die in den Energielieferungsverträgen und Regulativen über die Abgabe elektrischer Energie anzutreffende Bestimmung, dass elektrische Energie nur dann an die Konsumenten abgegeben werde, wenn diese die Installationsarbeiten durch das Elektrizitätswerk ausführen lassen, kann dann nicht als Polizeierlass anerkannt werden, wenn die angeführten polizeilichen Gründe nur als Tarnung für wirtschaftspolitische Motive dienen. Das Bundesgericht hat hierin seinerzeit eine etwas sonderbare Ansicht vertreten⁷⁰. Aber nicht nur dort, wo sich das Elektrizitätswerk die Ausführung der Installationsarbeiten monopolmässig vorbehält, darf die Monopolklausel nicht fälschlich als Polizeivorschrift ausgegeben werden. Auch dort, wo das Elektrizitätswerk an bestimmte, privilegierte Installateure Konzessionen erteilt, wobei es sich die freie Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen vorbehält, dürfen nicht sogenannte Polizeivorschriften zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Ziele missbraucht werden. Wesentlich ist ja für die (wirtschaftspolitische) Monopolklausel, dass sich das Werk die Verfügung über das Recht auf Erstellung und Reparatur von Hausinstallationen vorbehält; dabei macht es dann keinen Unterschied, ob nur das Elektrizitätswerk allein installiere, oder ob daneben noch eine beschränkte Zahl privilegierter Installateure Arbeiten ausführen kann.

Etwas anderes ist es, wenn die Energieabgabe aus Sicherheitsgründen nur bedingt erfolgt: Energie wird vom Elektrizitätswerk nur an Anlagen

⁶⁹ Vgl. dazu Marti S. 129 f.; «Normalbedingungen» Art. 13 Abs. 3.

⁷⁰ Vgl. dazu BGE 47 I 253; Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 382 Anm. 27.

abgegeben, die von fachkundigen Personen montiert wurden. Das setzt dann aber voraus, dass das Werk allen fachkundigen Personen das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen einräumt, dass es dieses Recht nicht sich selbst ausschliesslich vorbehält. In diesem Falle ist dann die Bedingung, an die die Abgabe elektrischer Energie geknüpft wird, als Sanktionsmöglichkeit gegen eine Verletzung der sicherheitspolizeilichen Vorschriften aufzufassen und somit als zulässig zu bezeichnen.

Die von den Elektrizitätswerken erlassenen Polizeivorschriften können durch Sanktionen erzwungen werden⁷¹; ebenso ist ein Entzug der Installationsbewilligung bei Wegfall der zur Erteilung notwendigen Voraussetzungen möglich⁷².

Allgemein ist in bezug auf die von den Elektrizitätswerken statuierten Polizeivorschriften festzuhalten: Vielfach stellen die Elektrizitätswerke Erfordernisse auf, die sich wohl vernunftmässig rechtfertigen lassen (wie z. B. die Forderung nach angemessenen Preisen oder nach Eintragung ins Handelsregister), die aber nicht zu Polizeirecht erhoben werden dürfen. Sobald die Werke solche Bedingungen als Voraussetzung für die Erteilung einer Installationsbewilligung statuieren, erheben sie jene zu Polizeierlassen; eine saubere Trennung von Polizeirecht einerseits und Verbandsvereinbarungen andererseits wäre hier notwendig.

⁷¹ Vgl. dazu Art. 1 Ziff. 1 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

⁷² Vgl. dazu «Normalbedingungen» Art. 13; oder Art. 3 Ziff. 3 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

Diesen Bestimmungen ist noch folgendes beizufügen: Ein Entzug der Installationsbewilligung kann nur dann in Frage kommen, wenn Voraussetzungen wegfallen, die von Anbeginn rechtmässigerweise gefordert werden durfte. Bei Wegfall von zu Unrecht gestellten Erfordernissen (Einhaltung von Minimalpreisen, Eintrag ins Handelsregister etc.) kann auch ein Wegfall der Voraussetzung richtigerweise nicht zum Entzug der Bewilligung führen.

§ 5. Die Beschränkungen des Rechtes auf den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit

I. Die Regalisierungsbeschränkungen

A) Die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit einer Regalisierung

Wir können, wenn wir nun das Verhältnis zwischen dem Recht auf den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen und der Handels- und Gewerbefreiheit untersuchen, weitgehend dieselben Ueberlegungen anstellen, die wir bereits angestellt haben, als wir das Verhältnis zwischen der Handels- und Gewerbefreiheit und den Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen betrachteten. So werden wir uns auch an dieser Stelle zuerst zu fragen haben, ob eine Beschränkung des Rechtes auf den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen und Installationsmaterial durch ein Elektrizitätswerk mit Art. 31 BV etwa deshalb vereinbar sein könne, weil eine solche (regalmässige) Beschränkung materiell durch das öffentliche Wohl gefordert und formell auf gesetzlicher Grundlage eingeführt wurde.

1. Konnte man noch zum Schluss gelangen, dass unter gewissen Umständen eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen durch das öffentliche Wohl begründet sein könne, so kann bei einer Beschränkung des Rechtes auf den Verkauf von Energieverbrauchskörpern und Installationsmaterial keine Rede davon sein, dass sie durch das öffentliche Wohl gefordert werde. Das öffentliche Wohl kann vollkommen ausreichend durch Polizeimassnahmen geschützt und wahrgenommen werden; eine Regalisierung des Verkaufs von Stromverbrauchsgegenständen und Installationsmaterial ist schlechthin nicht durch Gründe des öffentlichen Wohls zu rechtfertigen. Ja, wenn dies der Fall wäre, dann könnte mit genau so guten Gründen der gesamte Handel mit Lebensmitteln, überhaupt der Handel mit den meisten Gegenständen des täglichen Lebens durch die Subjekte des öffentlichen Rechts monopolisiert werden. Die fiskalische Natur der durch die Elektrizitätswerke statuierten Beschränkungen des Rechtes auf den Verkauf von Energieverbrauchskörpern lässt sich nicht leugnen.

2. Selbst dann, wenn das formelle Erfordernis der gesetzlichen Grund-

lage einer Beschränkung des Rechtes auf den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen und Installationsmaterial erfüllt ist, kann dies nicht die Zulässigkeit der Beschränkung vor Art. 31 zur Folge haben. Ein materiell verfassungswidriger Erlass wird nicht dadurch verfassungsmässig, dass er formgerecht zustandegekommen ist.

B) Die unzulässigen Regalisierungen

Wird nun eine Beschränkung des Rechtes auf den Verkauf von Stromverbrauchskörpern und Installationsmaterial statuiert, so ist sie dann verfassungswidrig, wenn sie

1. zum Zwecke der Wirtschaftslenkung und
2. unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge durchgeführt wird.

1. Wiederum haben wir festzustellen, dass jede Massnahme, die den natürlichen Ablauf des Wirtschaftsgeschehens korrigieren will, als wirtschaftspolitische Massnahme zu bezeichnen ist; so ist insbesondere der Vorbehalt des Rechtes zur Ausübung einer Tätigkeit durch das Gemeinwesen, sei es, um sich auf andere Weise als durch offene Besteuerung eine Einnahmequelle zu erschliessen oder sei es, um in Erfüllung eines politischen Programms die Produktionsmittel in der öffentlichen Hand zu vereinigen, als Massnahme mit wirtschaftspolitischen Zwecken zu bezeichnen. So wäre denn bei Vorliegen einer Massnahme mit dem Zweck der Wirtschaftslenkung die eine Voraussetzung zu einer Verletzung von Art. 31 BV gegeben.

2. Was die Mittel anbetrifft, mit denen das Recht auf den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen und Installationsmaterial beschränkt werden kann, sehen wir, dass es sich beinahe durchwegs um dieselben Mittel handelt, wie sie auch bei den Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen angewendet werden können: Auch hier kann das öffentliche Elektrizitätswerk durch obrigkeitliches Verbot dem Privatgewerbe den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen und Installationsmaterial untersagen; es kann ferner durch obrigkeitliches Gebot dem Publikum befehlen, seinen Bedarf an den erwähnten Gegenständen bei der Verkaufsabteilung des Elektrizitätswerkes zu decken; ebenso kann es auf Grund seiner Monopolstellung in der Energieversorgung erzwingen, dass die erwähnten Gegenstände bei seiner eigenen Verkaufsstelle bezogen werden, und

schliesslich ist es dem öffentlichen Elektrizitätswerk möglich, durch übermächtige Konkurrenz¹ den freien Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen und Installationsmaterial zu unterdrücken.

Wiederum erkennen wir: Eine Beschränkung des Rechtes auf den Verkauf von Installationsmaterial und von Stromverbrauchsgegenständen durch ein öffentliches Elektrizitätswerk, die wirtschaftspolitischen Charakter besitzt und auf Grund eines Mittels mit spezifisch staatlichem Gepräge, wie beispielsweise der oben erwähnten, zustandegekommen ist, steht mit Art. 31 BV in Widerspruch.

II. Die polizeilichen Beschränkungen

A) Die bestehenden Erlasse

1. Die rechtlichen Grundlagen

Diese Grundlagen für das Polizeirecht betreffend den Verkauf von Installationsmaterial und Energieverbrauchskörpern stimmen überein mit denjenigen für das Polizeirecht betreffend das Installationswesen: Es sind dieselben Stellen, die zum Erlass von Polizeivorschriften der einen wie der andern Materie befugt sind. Ebenso ist Art. 3 ElG nicht nur eine gesetzliche Grundlage für den Erlass von Vorschriften betreffend das Hausinstallationswesen, sondern sinngemäss auch für Erlasse betreffend den Verkauf von Installationsmaterial und Energieverbrauchskörpern.

2. Die bestehenden Erlasse

Die die zu besprechende Materie betreffenden Erlasse finden sich in Abschnitt VII der Starkstromverordnung, in den durch Art. 121 Abs. 2 StV zu verbindlichen Polizeivorschriften erhobenen, vom SEV erlassenen und vom Post- und Eisenbahndepartement genehmigten Vorschriften und vereinzelt auch in Vorschriften der Elektrizitätswerke.

¹ Auch hier soll nur eine wirklich übermächtige, ruinöse Konkurrenz durch das öffentliche Elektrizitätswerk als Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge gelten. Dieses Mittel der unmässigen Konkurrenz ist bei den Beschränkungen des Rechtes auf den Verkauf von Installationsmaterial und von Stromverbrauchsgegenständen erheblich aktueller als bei Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Installationen.

B) Der Inhalt der Polizeivorschriften

Das Recht auf den Verkauf von Installationsmaterial und von Stromverbrauchsgegenständen kann richtigerweise polizeilich nur auf eine Weise beschränkt werden: Das Inverkehrbringen ist nur für technisch einwandfreie Fabrikate zulässig. Die zum Verkauf gelangenden Produkte dürfen im Interesse der öffentlichen Sicherheit auf ihre Beschaffenheit geprüft und im Falle einer den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit nicht genügenden Ausführung vom Verkauf ausgeschlossen werden. Jede weitergehende Vorschrift dagegen, so insbesondere eine Bewilligungspflicht für die Verkaufstätigkeit oder eine angeblich aus polizeilichen Gründen eingeführte Monopolisierung des Handels mit Energieverbrauchskörpern und Installationsmaterial durch die Elektrizitätswerke, wäre unangemessen und unhaltbar².

1. Die Starkstromverordnung schreibt vor, dass das Installationsmaterial und die elektrischen Apparate, die zum Anschluss an Hausinstallationen bestimmt sind, nach den anerkannten Regeln der Technik so beschaffen sein müssen, dass sie weder Personen noch Sachen gefährden und auf benachbarte Schwachstromanlagen keinen störenden Einfluss ausüben³. Dies gilt als wegleitender Grundsatz. Daneben bestehen für Installationsmaterialien und an Hausinstallationen anzuschliessende elektrische Apparate, bei denen eine Gefährdung der Sicherheit von Personen oder Sachen — sei es wegen ihrer Bauart, der Art ihrer Verwendung oder Wirkungsweise oder wegen ihrer allgemeinen Verbreitung — oder eine Störung von benachbarten Schwachstromanlagen besonders aktuell erscheint, besondere Vorschriften, die diese besondere Gefährdung auf ein Minimum reduzieren sollen: Die erwähnten Installationsmaterialien und elektrischen Apparate sind einer Typenprüfung zu unterziehen⁴. Welche Installationsmaterialien und Apparate als die Sicherheit besonders gefährdend zu gelten haben, wird durch den SEV festgestellt und in einem Verzeichnis niedergelegt; dieses Verzeichnis ist durch das Post- und Eisenbahndepartement zu genehmigen⁵. Die Typenprüfung erstreckt sich nur auf die im Inland zur Verwendung kommenden Gegenstände: Zur Ausfuhr bestimmte Fabrikate unterliegen

² Vgl. dazu Weber, Die Umschreibung der Fachkundigkeit... S. 5 des Sonderdruckes, Spalte 1, unten.

³ Vgl. dazu Art. 121 Abs. 1 StV, der auf die Art. 4 und 5 StV verweist.

⁴ Vgl. dazu Art. 121 bis Abs. 1 StV.

⁵ Vgl. dazu Art. 121 bis Abs. 2 StV.

der Prüfungspflicht nicht⁶, wohl aber die aus dem Ausland eingeführten und im Inland zur Verwendung gelangenden Erzeugnisse⁷.

Dem Starkstrominspektor ist auch in dieser Materie die Kontrolle über die Einhaltung der Polizeivorschriften übertragen⁸. Die auf Grund der Typenprüfung als vorschriftsmässig anerkannten und definitiv zum Verkauf zugelassenen Fabrikate sind durch ein «Sicherheitszeichen» zu kennzeichnen⁹.

2. Die durch Art. 121 Abs. 2 zu verbindlichen Polizeivorschriften erhobenen sicherheitstechnischen Vorschriften des SEV sind rein technischer Natur und deshalb hier nicht zu behandeln¹⁰.

3. Die Elektrizitätswerke haben für die Verwendung von Installationsmaterial und die Zulassung von Energieverbrauchskörpern zum Anschluss an Hausinstallationen meist keine eigenen Vorschriften statuiert. Sie verlangen wie die Bestimmung des Art. 121 Abs. 2 StV, dass die verwendeten Fabrikate den Vorschriften des SEV entsprechen. Nur für den Fall, dass keine Vorschriften des SEV bestehen, behalten sie sich selbst ein Prüfungsrecht für die verwendeten Materialien und Apparate vor.

⁶ Vgl. dazu Art. 121 bis Abs. 3 StV.

⁷ Vgl. dazu Art. 121 bis Abs. 4 StV.

⁸ Vgl. dazu Art. 121 bis Abs. 5 StV.

⁹ Vgl. dazu Art. 121 ter Abs. 1 StV.

¹⁰ Diese Vorschriften sind (Juni 1952) auch noch nicht erlassen.

¹¹ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 7 Abs. 4; oder Art. 4 Ziff. 2 der Vorschriften... des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich vom 14. Juli 1928.

II. Kapitel

DAS RECHT AUF ERSTELLUNG UND REPARATUR VON ELEKTRISCHEN HAUSINSTALLATIONEN IM VERHÄLTNISS ZU NORMEN DES PRIVATRECHTS

Die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen sind nicht nur im Hinblick auf die Handels- und Gewerbefreiheit auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen, wie wir dies im ersten Kapitel unternommen haben; sondern wenn wir das Problem vollständig behandeln wollen, müssen wir unsere Untersuchungen auch auf die privatrechtlichen Gesichtspunkte ausdehnen. Die Exkurse ins Gebiet des Privatrechts seien aber mehr als Ueberblick denn als ausführliche Abhandlungen verstanden. In der Regel sind ja auch die Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen auch unter dem Gesichtspunkte einer Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit zu untersuchen; denn die Werke, die dieses Recht zu beschränken versuchen, sind beinahe ausnahmslos unter den kommunalen Werken zu finden¹; ebenso wird die Beschränkung des Rechtes regelmässig mit spezifisch staatlichen Mitteln begangen. Daraus ergibt sich, dass die nach den Normen des Privatrechts zu beurteilenden Beschränkungen dieses Rechtes Ausnahmefälle darstellen.

§ 6. Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im Verhältnis zum BG über den unlauteren Wettbewerb

I. Die Anwendbarkeit der Normen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb

Als Ergebnis unserer Untersuchungen im Kapitel über die Beziehungen zwischen dem Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen und der Handels- und Gewerbefreiheit haben wir ge-

¹ Vgl. oben S. 15.

funden, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nur dann verletzt werden kann, wenn ein Subjekt des öffentlichen Rechts unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge auftritt; für alle andern Fälle, nämlich da, wo ein Subjekt des Privatrechts mit spezifisch staatlichen Mitteln, ein Subjekt des öffentlichen Rechts unter Anwendung privatrechtlicher Mittel oder gar ein Subjekt des Privatrechts mit den ihm eigenen Mitteln handelt, bleibt uns nun zu prüfen, inwiefern überhaupt Normen des Zivilrechts, und welche speziellen Bestimmungen des Zivilrechts anzuwenden sind.

A) Unter welchen Umständen sind die Normen anwendbar?

Zuerst soll uns die prinzipielle Frage beschäftigen¹, ob überhaupt Normen des Zivilrechts Anwendung finden können auf Tatbestände, wo

1. Ein Subjekt des Privatrechts mit spezifisch staatlichen Mitteln handelt;
2. Ein Subjekt des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Mitteln auftritt.

1. Wir nehmen an, dass auch dort, wo ein Privater mit spezifisch staatlichen Mitteln handelt, seine Handlungen unter bestimmte Rechtsätze des Privatrechts zu subsumieren sind. Solange der Private die ihm anvertrauten spezifisch staatlichen Mittel rechtmässig anwendet, kann er die Normen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) unmöglich verletzen, denn eine rechtmässige Anwendung der ihm zur Verfügung stehenden Mittel — auch wenn diesen Mitteln eine stärkere Kraft innewohnt als denjenigen der übrigen Privaten — schliesst einen Verstoss gegen Treu und Glauben (was, wie wir noch sehen werden, das entscheidende Merkmal für eine Verletzung der Normen des UWG darstellt) begriffsnotwendig aus. Ebenso begriffsnotwendig ist ein Missbrauch der dem Privaten überlassenen spezifisch staatlichen Mittel als Rechtsmissbrauch, als Verstoss gegen Treu und Glauben zu werten. Damit ist aber auch die Voraussetzung für die Anwendung der Normen des UWG gegeben. Dabei wird der Rechtsnatur des Privaten durch die Anwendung privatrechtlicher Normen durchaus kein Zwang angetan. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Sanktionen des UWG nicht

¹ Eine analoge Fragestellung für das öffentliche Recht haben wir bereits im ersten Kapitel getan. Vgl. dazu S. 49 ff.

auch dort Platz greifen sollen, wo ein Privater, mit spezifisch staatlichen Mitteln handelnd, unlauteren Wettbewerb betreibt.

2. Schwieriger ist eine Entscheidung dort zu treffen, wo ein Subjekt des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Mitteln handelt; denn die Anwendung eines privatrechtlichen Rechtssatzes auf eine Handlung eines Subjektes des öffentlichen Rechts wird immer zu gewissen Widersprüchen führen, weil es eben nicht dasselbe ist, ob ein Privater oder ein Subjekt des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Mitteln handelt. Schuld an diesen inneren Widersprüchen ist aber letzten Endes die Tatsache, dass man den Rechtssubjekten zugesteht, mit Mitteln, die ihrer Rechtsnatur nicht adäquat sind, aufzutreten; dieser Zwiespalt wurde bereits angetönt.

Wenn wir anerkennen, dass die in Frage stehenden privatrechtlichen Normen auch dann anzuwenden sind, wenn ein Subjekt des öffentlichen Rechts unter Anwendung von Mitteln ohne spezifisch staatliches Gepräge gehandelt hat, tun wir dies, obschon wir uns bewusst sind, dass wir damit systemwidrig das Subjekt des öffentlichen Rechts unter den Herrschaftsbereich des Privatrechts stellen. Es soll hier durchaus nicht bestritten werden, dass die Beurteilung des Handelns eines Subjektes öffentlicher Rechtsnatur nach Normen des Privatrechts dem Charakter des Rechtssubjektes nicht angemessen ist; aber wir können die Forderung nicht von der Hand weisen, wonach das Subjekt des öffentlichen Rechts, wenn dieses mit Mitteln des Privatrechts Schaden gestiftet hat, auch nach den Normen des Privatrechts zur Verantwortung gezogen werden soll. Indem wir das Subjekt öffentlichrechtlichen Charakters unter gewissen Umständen dem Privatrecht unterwerfen, tun wir eigentlich nichts anderes als das, was schon die Fiskustheorie, so wie sie hierzulande übernommen worden ist, getan hat: Solange das öffentliche Recht dem Bürger keinen Rechtsschutz gewährt, werden eben Normen des Privatrechts zu Hilfe genommen². Einige deutsche Autoren gelangen im Ergebnis ebenfalls dazu, das Subjekt des öffentlichen Rechts den Normen des UWG zu unterstellen, wenn dieses durch unlauteren Wettbewerb Schaden gestiftet hat³.

² Vgl. dazu im Hinblick auf die ausservertragliche Schädigung auch Oftinger, S. 492 (Haftung des Gemeinwesens als Geschäftsherr).

³ Vgl. dazu beispielsweise Kümmel, S. 12, 21 f. Allerdings möchte ich der Auffassung Kümmels nicht in allen Punkten beitreten. Kümmel will auch dann das Handeln der Subjekte des öffentlichen Rechts der Geltung des UWG unterwerfen, wenn sie spezifisch staatliche Mittel missbräuchlich angewendet haben;

Wir gelangen also zum Schluss, dass nicht nur in denjenigen Fällen, in denen ein Privater privatrechtliche Mittel anwendet, eine Beurteilung des Tatbestandes nach den Normen des UWG gegeben ist, sondern dass auch ein Privater, der mit spezifisch staatlichen Mitteln handelt, wie auch ein Subjekt öffentlichrechtlichen Charakters, das privatrechtliche Mittel anwendet, der Anwendung der in Frage stehenden Norm des Privatrechts unterliegt.

B) Welche zivilrechtlichen Normen sind anwendbar?

Es bleibt uns noch übrig, näher zu untersuchen, welche speziellen Normen des Zivilrechts anzuwenden sind. Als zivilrechtliche Gesetzesbestimmungen, die im Zusammenhang mit den uns interessierenden Fragen von Bedeutung sind, kommen in erster Linie die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb in Betracht. Die gesetzliche Regelung des Tatbestandes sei, soweit dies für unser Problem notwendig ist, hier kurz umschrieben.

1. Vor dem Erlass des heute geltenden Spezialgesetzes wurde dem unlauteren wirtschaftlichen Wettbewerb auf Grund von Bestimmungen anderer, bereits bestehender Spezialgesetze des gewerblichen Rechtsschutzes (z. B. auf Grund der Bestimmungen des Marken- und Modellschutzgesetzes), in der Hauptsache aber auf Grund der Konstruktion eines wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechtes, welches durch unlauteren Wettbewerb als tangiert betrachtet wurde, entgegengetreten⁴. Diese Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes war in verschiedener Hinsicht unzulänglich⁵.

2. Das neue Spezialgesetz, das BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943, hat für die Bekämpfung des unlauteren Wett-

ebenso das Reichsgericht; vgl. Bernstein, Wettbewerbsverstöße, in JW 1927 S. 1071. Der Missbrauch von spezifisch staatlichen Mitteln soll diese zu privatrechtlichen machen, womit dann die Anwendung privatrechtlicher Normen (UWG) motiviert wäre. Meines Erachtens bewirkt der Missbrauch von spezifisch staatlichen Mitteln nicht deren Umwandlung in privatrechtliche. Der Missbrauch bewirkt nicht Umwandlung, sondern Rechtswidrigkeit; und diese Rechtswidrigkeit bewirkt Rechtsfolgen, und zwar Rechtsfolgen des öffentlichen Rechts: Es ist ja ein Subjekt öffentlichrechtlichen Charakters, das unter Anwendung spezifisch staatlicher Mittel aufgetreten ist. Für die Fälle aber, da das Subjekt des öffentlichen Rechts mit privatrechtlichen Mitteln handelt, wollen auch wir die Normen des UWG angewendet wissen.

⁴ Vgl. dazu Germann S. 235 ff.

⁵ Vgl. dazu Germann S. 238 ff. Für das deutsche Recht: Kümmel, S. 13 ff. und dort aufgeführte Zitate.

bewerbes die Konstruktion einer Verletzung der Rechte der wirtschaftlichen Persönlichkeit aufgegeben und kennzeichnet nun den unlauteren Wettbewerb als Rechtsmissbrauch⁶: Unlauterer Wettbewerb ist jeder Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbes durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen (Art. 1 UWG). Die Grundsätze von Treu und Glauben hatten zwar auch schon für die Konstruktion des unlauteren Wettbewerbs als Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte Bedeutung, aber nur indirekt; durch die heutige gesetzliche Regelung sind die Grundsätze von Treu und Glauben unmittelbarer Maßstab geworden. Natürlich ist nicht jegliche Schädigung der Konkurrenten unlauterer Wettbewerb; das System der freien Konkurrenz, zu dem sich unsere Rechtsordnung bekennt, führt notwendigerweise dazu, dass der eine Gewerbetreibende durch die Konkurrenz des andern geschädigt wird. Unlauter wird der Wettbewerb erst, wenn sich die Wettbewerbshandlungen nicht mehr mit Treu und Glauben vereinbaren lassen. Das Kriterium des Rechtsmissbrauchs führt dann zu einer Abwägung der schutzwürdigen Interessen auf der einen gegenüber den gerechtfertigten Interessen auf der andern Seite.

Das UWG statuiert zivilrechtliche und strafrechtliche Sanktionen gegen den unlauteren Wettbewerb; zu bemerken ist, dass nicht nur die zivil-, sondern auch die strafrechtlichen Sanktionen nur auf Antrag des Klageberechtigten eingeleitet werden (Art. 2 und 13 UWG). Dem durch unlauteren Wettbewerb Betroffenen steht gemäss Art. 2 UWG zu:

- a) Anspruch auf Feststellung der Widerrechtlichkeit,
- b) Anspruch auf Unterlassung des unlauteren Wettbewerbes,
- c) Anspruch auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, bei unrichtigen oder irreführenden Aeusserungen auch auf Richtigstellung.

Klageberechtigt aus den genannten Ansprüchen sind die in ihren wirtschaftlichen Interessen geschädigten oder gefährdeten Personen (meist Konkurrenten), die in ihrem wirtschaftlichen Interesse geschädigten Kunden, sowie Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern Mitglieder des Verbandes oder seiner Unterverbände klageberechtigt sind.

⁶ Vgl. dazu Germann S. 242 ff.

d) Anspruch auf Ersatz des Schadens im Falle der schuldhaften (absichtlichen oder auch bloss fahrlässigen⁷⁾ Schädigung.

e) Anspruch auf Genugtuung bei Vorliegen der in Art. 49 OR erwähnten Voraussetzungen.

Die Ansprüche aus Schadenersatz stehen logischerweise nur den Geschädigten zu, also nicht auch den Verbänden. Der Richter kann ferner die obsiegende Partei auf ihr Begehren hin ermächtigen, das Urteil auf Kosten der unterlegenen Partei zu veröffentlichen; er bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung⁸. Neben den Sanktionen gegen den unlauteren Wettbewerb können auch vorsorgliche Massnahmen ergriffen werden⁹. Der strafrechtliche Schutz gegen unlauteren Wettbewerb besteht in der Androhung von Busse oder Gefängnisstrafe¹⁰. Für die zivilrechtlichen Folgen des unlauteren Wettbewerbs gelten besondere Bestimmungen für die Haftung des Geschäftsherrn und die Haftung der Presse¹¹; für die strafrechtlichen Folgen sind besondere Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn und über die Anwendung der Strafbestimmungen auf iuristische Personen und Handelsgesellschaften statuiert¹². Auch die Gerichtsstandsregeln und Verjährungsfristen werden durch das UWG besonderer Regelung unterworfen¹³.

3. Die Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs können unter Umständen nicht nur unter die Normen des UWG, sondern auch unter andere Gesetzesbestimmungen subsumiert werden, weshalb es angezeigt scheint, auch kurz das Verhältnis zwischen den Normen des UWG und den anderen in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen zu streifen.

a) Art. 41 Abs. 2 OR verpflichtet den, der einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zugefügt hat, zum Ersatze des Schadens. Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht bilden hier also Schaden, Verschulden (Absicht) und Widerrechtlichkeit (unmittelbare Widerrechtlichkeit, Verstoss gegen die guten Sitten). Art. 2 lit. d) UWG, von Art. 41 Abs. 2 OR etwas abweichend, verpflichtet den zum Ersatze des Schadens, der einen Andern durch Wettbewerbs-handlungen, die gegen Treu und Glauben verstossen, geschädigt hat. Voraussetzungen für die Ersatzpflicht bilden in diesem Fall (neben dem

⁷ Vgl. dazu Germann S. 323 und dort aufgeführte Zitate.

⁸ Vgl. dazu Art. 6 UWG.

⁹ Vgl. dazu Art. 9 ff. UWG.

¹⁰ Vgl. dazu Art. 13 UWG.

¹¹ Vgl. dazu Art. 3 f. UWG.

¹² Vgl. dazu Art. 14 f. UWG.

¹³ Vgl. dazu Art. 5 und 7 UWG.

Vorliegen einer Wettbewerbshandlung) Schaden, Widerrechtlichkeit (Verstoss gegen Treu und Glauben) und Verschulden (Absicht oder Fahrlässigkeit).

Die Ersatzpflicht nach UWG geht also weiter als nach Art. 41 Abs. 2 OR: Es genügt erstens zur Entstehung der Ersatzpflicht auf Grund von Art. 2 lit. d) UWG bereits die leichtere Form des Verschuldens, die Fahrlässigkeit; zweitens ist auch in gewissen Fällen ein Verstoss gegen Treu und Glauben (auf welchen Grundsatz das UWG abstellt) noch anzunehmen, wo eine Verletzung der guten Sitten (welches Kriterium für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 2 OR zu berücksichtigen ist) nicht mehr gegeben sein muss¹⁴.

Das Verhältnis zwischen Art. 41 Abs. 2 OR und Art. 2 lit. d) UWG ist nicht durchwegs ein Verhältnis zwischen *lex generalis* und *lex specialis*. Die Voraussetzungen für die Anwendung jeder der beiden Normen sind nicht identisch; jede Norm besteht neben der andern. Es kann allerdings häufig vorkommen, dass ein konkreter Tatbestand unter beide Bestimmungen subsumiert werden kann. Schwierig ist dann die Frage zu entscheiden, ob die Rechtsnormen kumulativ oder alternativ auf einen einzelnen Tatbestand angewendet werden können, das heisst, ob neben einer Klage aus Art. lit. d) UWG gleichzeitig auch noch eine Klage aus Art. 41 Abs. 2 OR gegeben sein kann. Ueber das Verhältnis zwischen dem UWG und den andern Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes ist schon mehrmals diskutiert worden¹⁵; heute wird für dieses Verhältnis allgemein anerkannt, dass eine kumulative Anwendung von Rechtsnormen mehrerer Spezialgesetze auf einen einzelnen Tatbestand in der Regel¹⁶ zulässig ist. Die wesentliche Begründung dieser Ansicht besteht darin, dass nicht nur der (unvollständige) Rechtsschutz des einen Gesetzes, sondern daneben auch der eines allgemeineren, umfassenderen Gesetzes zu gewähren sei. Aus derselben Begründung heraus können wir auch für das Verhältnis zwischen Art. 41 Abs. 2 OR und Art. 2 lit. d) UWG eine kumulative Anwendung der Normen auf einen einzelnen

¹⁵ Vgl. dazu Troller S. 211 f. und dort zitierte Literatur und Judikatur. Das Bundesgericht vertrat bis vor kurzem eine andere Meinung, hat diese aber dann bei Einführung des UWG von 1943 geändert. Vgl. dazu Praxis 36/133; 36/134.

¹⁶ Von dieser Regel bestehen Ausnahmen: Die allgemeinere Form darf nicht zur Umgehung einer Interessenabwägung, die das Spezialgesetz getroffen hat, missbraucht werden; so dürfen z. B. die zeitlichen Beschränkungen, die das Markenschutzgesetz in Art. 8 aufstellt, nicht durch Anwendung des zeitlich beschränkten Schutzes des UWG umgangen werden; vgl. dazu BGE 73 II 118 unten.

Tatbestand anerkennen, wiederum aber nur unter der Einschränkung, dass die allgemeinere Norm nicht zur Umgehung einer Interessenabwägung, die das Spezialgesetz getroffen hat, dienen darf. Wenn wir dieser Auffassung folgen, können wir Art. 8 UWG nicht dahingehend interpretieren, dass er eine Anwendung des allgemeinen Verantwortlichkeitsartikels 41 OR schlechthin neben der Anwendung des UWG ausschliesst; wir werden ihn im Gegenteil eher so auszulegen haben, dass er (als Ergänzung zu den im UWG speziell geregelten Materien, wie beispielsweise die Haftung des Geschäftsherrn ohne Befreiungsmöglichkeit nach Art. 3 Abs. 1 UWG im Gegensatz zu Art. 55 OR) für die im UWG nicht geregelten Materien, wie z. B. die Schadensbemessung, Art. 43 OR, die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften von Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht statuiert. Die Ueberlegungen, die wir für das Verhältnis zwischen Art. 41 OR und dem UWG angestellt haben, können wir in entsprechender Weise auch für das Verhältnis zwischen Art. 28 ZGB und dem UWG machen¹⁷. In beiden Fällen werden aber die Fälle an Zahl gering sein, bei denen der Rechtsschutz durch kumulative Anwendung von Normen des UWG und gemeinrechtlichen Normen grösser ist, als durch Anwendung des UWG allein. Deshalb werden wir in unseren ohnehin summarischen Ausführungen darauf verzichten, die Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs nach anderen als den Normen des UWG zu beurteilen.

II. Die Anwendung der Normen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb auf die Tatbestände

Wenn im Folgenden die Bestimmungen auf die uns interessierenden Tatbestände angewendet werden sollen, haben wir drei Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

1. Ein privates Elektrizitätswerk beschränkt das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen mit privatrechtlichen Mitteln,
2. ein öffentliches Elektrizitätswerk beschränkt das erwähnte Recht unter Anwendung von Mitteln des Privatrechts,
3. ein privates Elektrizitätswerk versucht, das erwähnte Recht mit spezifisch staatlichen Mitteln zu beschränken.

¹⁷ Vgl. dazu für das deutsche Recht: Kümmel S. 16 f. und dort aufgeführte Zitate mit ähnlichen Ueberlegungen.

Die folgende Aufzählung soll einige Beispiele unlauteren Wettbewerbs auf dem uns interessierenden Gebiet zeigen; dabei können wir natürlich nicht alle überhaupt denkbaren Fälle der Verletzung von Bestimmungen des UWG erwähnen, es handelt sich wie gesagt um Beispiele.

1. Ein privates Elektrizitätswerk verletzt die Bestimmungen des UWG durch Handlungen mit Mitteln ohne spezifisch staatliches Gepräge.

Die privatrechtlichen Mittel, die ein privates Elektrizitätswerk etwa anwenden kann, um dem privaten Installationsgewerbe und den Verkäufern von Energieverbrauchskörpern die Ausübung ihrer Tätigkeit zu verunmöglichen oder zu erschweren, sind hauptsächlich folgende:

a) Verunglimpfung des Installationsgewerbes und der Verkäufer von Energieverbrauchsgegenständen. Eine Herabsetzung anderer, ihrer Erzeugnisse, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzendes Äußerungen wird als unvereinbar mit Treu und Glauben betrachtet¹⁸. Wenn daher ein privates Elektrizitätswerk durch seine Äußerungen das Installationsgewerbe oder Verkäufer von Energieverbrauchskörpern schädigt oder gefährdet, verstößt es gegen die Bestimmungen des UWG und unterliegt dessen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen.

b) Ebenso ist die Verbreitung unrichtiger oder irreführender Angaben über die eigenen Waren, Werke, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse vom Gesetz als unlauteres Handeln charakterisiert worden¹⁹. Ein Wettbewerb des Elektrizitätswerkes, mit diesen Mitteln durchgeführt, hat ebenfalls die Anwendung der Sanktionen des UWG zur Folge.

c) Angebote zu Schleuderpreisen und dergleichen als unlautere Mittel des wirtschaftlichen Wettbewerbes sind nicht in der exemplifikativen Aufzählung des Art. 1 UWG enthalten; sie sind unter die Generalklausel des Art. 1 UWG zu subsumieren. Eine Abgrenzung zwischen unlauteren und zulässigen Wettbewerbshandlungen in Form von Preisunterbietungen etc. ist schwierig. Grundsätzlich ist auf Grund des geltenden Wirtschaftssystems die Preisbildung der Willkür der einzelnen Wirtschaftssubjekte überlassen; eine Preisunterbietung ist auf keinen Fall schlechthin als unlauterer Wettbewerb zu bezeichnen. Erst dann, wenn die Preisunterbietung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ist,

¹⁸ Vgl. dazu Art. 1 lit. a) UWG und Art. 13 lit. a) UWG; nähere Angaben bei **Germann S. 75 ff., 257, 271 ff.**

¹⁹ Vgl. dazu Art. 1 lit. b) UWG und Art. 13 lit. b) UWG; nähere Angaben bei **Germann S. 82 ff., 258 f.**

liegt Rechtsmissbrauch und damit ein Verstoss gegen die Bestimmungen des UWG vor^{20, 21}.

2. Ein öffentliches Elektrizitätswerk verletzt die Bestimmungen des UWG durch Handlungen mit Mitteln ohne spezifisch staatliches Gepräge.

Im deutschen Schrifttum findet sich eine Ansicht vertreten²², die bestimmte privatrechtliche Wettbewerbshandlungen als an sich erlaubt und nicht sittenwidrig²³ betrachtet, die aber für den speziellen Fall, wo diese an sich erlaubten privatrechtlichen Handlungen durch das Gemeinwesen unter Einsatz seiner behördlichen Autorität begangen werden, diese Handlungen als sittenwidrig bezeichnet. An sich soll also die Handlung nicht sittenwidrig sein, sie soll erst dadurch zur unlauteren Handlung werden, weil sie durch das Gemeinwesen begangen wird²⁴. Wir haben im ersten Kapitel dargelegt, dass alle diejenigen Fälle, in denen ein Subjekt des öffentlichen Rechts unter Einsatz der öffentlichen Autorität (und zwar auch bei missbräuchlichem Einsatz) auftritt, der Beurteilung durch öffentliches Recht (in unserem Fall der Beurteilung nach den Normen über die Handels- und Gewerbefreiheit) unterworfen. Wir haben den Kreis der die Handels- und Gewerbefreiheit verletzenden Massnahmen des Gemeinwesens nicht nur auf die «hoheitlichen» Massnahmen (im Sinne der liberalen Terminologie) beschränkt²⁵, sondern wir haben ihn weiter gezogen, so dass auch alle diejenigen Massnahmen, die durch den Einsatz der behördlichen Autorität ein besonderes Gepräge, ein spezifisch staatliches Gepräge, erhalten, darin einzubeziehen sind. Das Moment des Einsatzes der behördlichen Autorität bei Wettbewerbshandlungen veranlasste uns, das in Frage stehende Handeln des Subjektes des öffentlichen Rechts als Handeln mit spezifisch staatlichen Mitteln zu bezeichnen und der Beurteilung durch Normen des öffentlichen Rechts zu unterstellen; demgegenüber bewog das Moment des (missbräuchlichen) Einsatzes der behördlichen Autorität die Vertreter

²⁰ Nähere Angaben bei Germann S. 282 ff.

²¹ Handlungen wie Angebote zu Schleuderpreisen, Schmutzkonkurrenz etc. sind nicht strafbar, da eine Generalklausel, unter die diese Handlungen zu subsumieren sind, nur für die zivilrechtlichen, nicht auch für die strafrechtlichen Sanktionen besteht: Vgl. den Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 UWG mit dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 UWG; s. auch Germann S. 344 f.

²² Vgl. dazu Kümmel S. 56 unten und dort aufgeführte Zitate.

²³ Das deutsche Recht stellt zur Kennzeichnung des unlauteren Wettbewerbs nicht auf Treu und Glauben, sondern auf Sittenwidrigkeit ab.

²⁴ Vgl. beispielsweise den Tatbestand, der dem Urteil des Reichsgerichts vom 25. Januar 1927 zugrunde lag (zitiert in JW 1927, S. 1102).

²⁵ Vgl. dazu S. 42 ff.

der andern Ansicht, die an sich erlaubte Handlung für den speziellen Fall zur sittenwidrigen Handlung zu stempeln²⁶. Die unsere Ansicht unterstellt das Handeln eines Subjektes des öffentlichen Rechts der Beurteilung durch Normen des öffentlichen Rechts: Das scheint uns angemessener zu sein, als dieses Handeln nach Privatrecht zu beurteilen, wie es die Gegenansicht tut.

a) Sowohl die Herabsetzung von Konkurrenten, ihrer Erzeugnisse, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äußerungen als auch die Verbreitung unrichtiger oder irreführender Angaben über die eigenen Erzeugnisse, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse sind gleicherweise unzulässig, ob sie durch ein privates Elektrizitätswerk oder ob sie durch ein öffentliches Elektrizitätswerk begangen werden²⁷.

b) Wohl selten wird eine Kampfpreisunterbietung durch ein öffentliches Elektrizitätswerk als eine Handlung mit wirklich privatrechtlichen Mitteln gelten können. Denn entweder hält sich das öffentliche Elektrizitätswerk für die aus der Kampfpreisunterbietung entstehenden Verluste an öffentlichen Geldern schadlos — und dann liegt ohne Zweifel eine Handlung mit spezifisch staatlichen Mitteln vor; denn kein Privater hat die Möglichkeit, seine aus wirtschaftlichen Kampfmassnahmen resultierenden Verluste durch öffentliche Gelder zu decken. Oder dann stellt sich die Kampfpreisunterbietung insofern als spezifisch staatliches Mittel dar, als sie eine Ausbeutung des Energieverteilungsmonopoles ist; und diese Ausbeutung des Energieverteilungsmonopoles wurde bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen über die Handels- und Gewerbefreiheit als spezifisch staatliches Mittel bezeichnet. Das spezifisch staatliche Gepräge der Ausnützung des Verteilungsmonopoles besteht in diesem Fall darin, dass das Werk die Möglichkeit besitzt, die Verluste aus den Kampfmassnahmen durch etwas höhere Energiepreise wettzumachen (eine preisregulierende Konkurrenz gibt es ja in der Energiewirtschaft für Klein- und Mittelbezüger nicht). So können wir feststellen, dass Kampfpreisunterbietungen kaum als privatrechtliche, sondern viel mehr als spezifisch staatliche Wettbewerbshandlungen zu betrachten sind und deshalb, wenn durch ein öffentliches Elektrizitätswerk begangen, nicht der Beurteilung durch Privatrecht, sondern durch öffentliches Recht unterstehen.

²⁶ Vgl. dazu auch S. 88 f., Anm. 3.

²⁷ Vgl. dazu Germann S. 75 ff., 82 ff., 257 ff., 271 ff.

3. Ein privates Elektrizitätswerk verletzt die Bestimmungen des UWG durch Handlungen unter Anwendung von Mitteln mit spezifisch staatlichem Gepräge.

Die Fälle, in denen ein Subjekt des Privatrechts mit spezifisch staatlichen Mitteln zu handeln vermag, sind ungleich weniger häufig als jene, wo ein Subjekt des öffentlichen Rechts handelt, ohne spezifisch staatliche Mittel anzuwenden; trotzdem wollen wir über jene Fälle einige Ueberlegungen anstellen; denn so selten diese Fälle sind, haben sie gerade für das uns interessierende Problem einige Bedeutung. Schon weiter oben²⁸ haben wir festgestellt, dass die rechtmässige Verwendung der einem Privaten in die Hand gelegten Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge niemals gegen Treu und Glauben verstossen, niemals Rechtsmissbrauch sein kann. Erst die missbräuchliche Verwendung der Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge durch ein Subjekt des Privatrechts zu Wettbewerbszwecken führt zu einem Verstoss gegen die Bestimmungen des UWG. Nun sind ja die Sanktionen des UWG nicht die einzig möglichen gegen den Missbrauch der spezifisch staatlichen Mittel durch einen Privaten; denkbar sind auch Rügen oder Anweisungen der die staatlichen Mittel delegierenden Stelle, die den Privaten auffordert, von den ihm in die Hand gegebenen spezifisch staatlichen Mitteln rechtmässigen Gebrauch zu machen; es können auch die dem Privaten delegierten spezifisch staatlichen Mittel wieder entzogen werden. Jedoch wollen wir uns hier nur mit den Sanktionen des UWG gegen den Missbrauch spezifisch staatlicher Mittel durch ein privates Elektrizitätswerk befassen. Als Tatbestände, da ein privates Werk unter Zuhilfenahme der ihm überlassenen spezifisch staatlichen Mittel das Installationsgewerbe und den Verkauf von Energieverbrauchskörpern in rechtsmissbräuchlicher Weise konkurrenziert, sind folgende zwei hauptsächlich zu berücksichtigen:

a) Das private Elektrizitätswerk missbraucht seine Kompetenz zur Statuierung von Polizeivorschriften und erlässt Vorschriften, welche es als Polizeierlasse bezeichnet, die aber in Wirklichkeit gar nicht durch polizeiliche Motive begründet werden können und die das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen oder das Recht auf den Verkauf von Energieverbrauchskörpern in ungerechtfertigter Weise beschränken. Hier liegt ein klarer Fall von Rechtsmiss-

²⁸ Vgl. S. 87.

brauch vor. Eine missbräuchliche Ausnützung der Kompetenz zum Erlass von Polizeivorschriften durch ein Elektrizitätswerk privatrechtlichen Charakters zum Zwecke des Wettbewerbs muss als unlautere Handlung gelten und den Sanktionen des UWG unterliegen.

b) Das private Elektrizitätswerk nützt das Verteilungsmonopol aus, um die Ausführung von Installationsarbeiten und den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen monopolmässig an sich zu ziehen; es statuiert in seinen Energielieferungsverträgen oder in den Benützungsregulativen die Monopolklausel²⁹. Diese Ausnützung der Monopolstellung in der Energieverteilung zur Erlangung eines weiteren Monopols kann oft den Tatbestand des Boykotts oder boykottähnlicher Handlungen erfüllen³⁰. Wenn wir weiter oben³¹ die Statuierung der Monopolklausel durch ein öffentliches Elektrizitätswerk als rechtswidrig bezeichnet haben, so taten wir dies deshalb, weil die Handels- und Gewerbefreiheit den Subjekten des öffentlichen Rechts verbietet, mit spezifisch staatlichen Mitteln die Erwerbsfreiheit des Bürgers zu beschränken, gleichviel, ob eine solche Beschränkung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar sei oder nicht. Hier, wo ein Elektrizitätswerk privatrechtlichen Charakters durch die Statuierung der Monopolklausel in den Energielieferungsverträgen die Erwerbsfreiheit der Elektroinstallateure und der Verkäufer von Energieverbrauchskörpern einschränkt, haben wir zu prüfen, ob die Ausnützung der primären Monopolstellung zur Erlangung einer sekundären Monopolstellung ein rechtmissbräuchliches Verhalten, eine Verletzung von Treu und Glauben darstellt.

²⁹ Wir haben die Ausnützung des Energieverteilungsmonopoles als Mittel mit spezifisch staatlichem Gepräge bezeichnet. Die deutschen Autoren Nipperdey und Kümmel betrachten die Anwendung der Monopolklausel nicht als spezifisch staatliches, sondern als privatrechtliches Mittel. Inwieweit sie dabei Recht haben, sei hier nicht näher untersucht. (Das deutsche Recht ist vom schweizerischen verschieden, wenn wir auf Grund der Besonderheit des Energieverteilungsmonopols — vgl. Art. 46 ElG — dazu gelangt sind, Ausnützung des Verteilungsmonopols als spezifisch staatliche Mittel zu kennzeichnen, gilt das nur für schweizerisches Recht. Auf Grund des deutschen Rechts kann man anderes für richtig halten.) — Diese Autoren sehen nun in der Anwendung der (ihrer Ansicht nach privatrechtlichen) Monopolklausel dann keine Sittenwidrigkeit, wenn sie durch ein privates Elektrizitätswerk statuiert wurde, sie betrachten aber deren Anwendung durch ein öffentliches Elektrizitätswerk als Verstoss gegen die guten Sitten, weil die Unternehmen des öffentlichen Rechts den Nutzen Aller wahrnehmen müssen und in Ausübung ihrer Aufgabe nicht die Interessen einzelner Bevölkerungskreise krass schädigen dürfen. Vgl. dazu Kümmel S. 36, 49 ff.; Nipperdey, Stromsperre... S. 48 ff.

³⁰ Vgl. hiezu das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juni 1949 in S. Eggenberger contra Elektra Gams (nicht veröffentlicht).

³¹ Vgl. S. 64 ff.

Meines Erachtens kann nicht a priori entschieden werden, ob bei der Statuierung der Monopolklausel durch ein privates Elektrizitätswerk ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt³². Eine rechtsmissbräuchliche Handlung von Seiten des privaten Elektrizitätswerkes würde sicher einmal dann vorliegen, wenn dieses aus blosser Schikane, lediglich um der Schädigung der privaten Installateure willen, die Monopolklausel statuiert. Solche Fälle dürfen wir aber wohl, da sie kaum je vorkommen, von unseren Betrachtungen ausschliessen. Doch wird sich das private Elektrizitätswerk regelmässig die Ausführung der Installationsarbeiten und allenfalls den Verkauf von Energieverbrauchskörpern aus finanziellen Gründen vorbehalten. Ist das nun als unlauterer Wettbewerb zu taxieren?

Nicht verboten sein kann die Verfolgung von Gewinnabsichten oder die Konkurrenzierung von Mitbewerbern durch ein privates Elektrizitätswerk — es wäre doch widersinnig, einem privaten Unternehmen Gewinnabsicht und Konkurrenzhandlungen zu untersagen. Unlauterer Wettbewerb ist auch bei bloss scharfer Konkurrenz noch nicht anzunehmen, ja selbst eine ruinöse Konkurrenzierung kann unter Umständen vor den Bestimmungen des UWG zulässig sein³³.

In der Anwendung der Monopolklausel können wir eine boykottähnliche Massnahme erblicken. Boykott als unlauterer Wettbewerb ist die in der Absicht zu schädigen ergangene Aufforderung an Dritte, die wirtschaftlichen Beziehungen zum Boykottierten abubrechen; dabei ist **begriffswesentlich**, dass die Dritten unter Druck zu ihrem Verhalten aufgefordert werden, und dass sich der Verruf auf das Wettbewerbsverhältnis bezieht³⁴. Die Statuierung der Monopolklausel ist eine boykottähnliche Handlung, weil keine bestimmte Person boykottiert werden soll, sondern weil sich die Massnahme in der Regel gegen eine unbestimmte Zahl von Personen, gegen das gesamte Installationsgewerbe wendet, nicht gegen einen einzelnen Installateur³⁵; im übrigen sind aber die Voraussetzungen für einen Boykott gegeben: Das Elektrizitätswerk fordert die Dritten (die Energiekonsumenten) unter Druck (Drohung des Stromentzuges) auf, die Ausführung der Installationsarbeiten nicht durch das

³² Vgl. dazu auch Kümmel S. 50; Nipperdey, Stromsperre ... S. 49 f.; RGZ 79/224; Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juni 1949.

³³ Vgl. dazu BGE 62 II 280 f.

³⁴ Vgl. dazu Germann S. 300 f.

³⁵ So auch die Ausführungen des erwähnten Urteils des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juni 1949.

private Installationsgewerbe besorgen zu lassen, und die Energieverbraucherkörper nicht bei anderen Bezugsstellen als beim Werk zu kaufen. «Wenn nun schon», sagt Germann³⁶, «die blossе Aufforderung, die Erzeugnisse oder Waren eines Konkurrenten nicht mehr zu kaufen, als unlauterer Wettbewerb bezeichnet worden ist (BGE 59 II 25), so wird dies umso mehr von der unter Druck erfolgten Aufforderung zum Boykott zu gelten haben, sofern sie bezweckt, den Konkurrenten aus dem Wettbewerb auszuschalten oder doch darin zu behindern». So können wir feststellen, dass grundsätzlich Boykott und boykottähnliche Handlungen gegen Treu und Glauben verstossen und als unlautere Wettbewerbshandlungen verboten sind, wenn sie den Konkurrenten behindern, ohne dass für diese Behinderung ein Rechtfertigungsgrund geltend gemacht werden kann: Zwischen den schutzwürdigen Interessen des Verrufenen und den gerechtfertigten Interessen an der Durchführung des Verrufes ist abzuwägen, und auf diese Weise zu bestimmen, ob sich der Boykott als unlautere Wettbewerbshandlung darstellt oder ob er zu rechtfertigen ist³⁷; und das kann, wie erwähnt, nicht generell, sondern nur im konkreten Einzelfall entschieden werden. Im allgemeinen nimmt die Praxis an, dass die schutzwürdigen Interessen des Elektrizitätswerkes den Interessen des einzelnen Installateurs vorgehen, so dass im Ergebnis die Beschränkung der Tätigkeit des Installateurs und des Verkäufers von Stromverbrauchsgegenständen als erlaubte Wettbewerbsmassnahmen zu gelten haben³⁸.

Der Umstand, dass die Monopolstellung der privaten Elektrizitätswerke keine wirklich private Monopolstellung ist³⁹, scheint mir weder für noch gegen die Lauterkeit der Statuierung der Monopolklausel zu sprechen. Der Umstand, dass das Energieversorgungsmonopol (welches als primäres Monopol die Möglichkeit zur Erlangung des sekundären Monopols bietet) dem Werk gewissermassen «unverdient» zufiel, hätte

³⁶ Vgl. dazu Germann S. 302.

³⁷ Ueber Rechtfertigungsgründe vgl. Germann S. 313 ff., insbes.

³⁸ Vgl. dazu die Erwägungen des Urteils des Kantonsgerichtes St. Gallen: Das Werk hat ein Interesse daran, dass sein Monteur anständig entlohnt werden kann; es kann keinen «billigen Pfuscher» brauchen. Dies ist eine begründete Argumentation; in allen Punkten ist allerdings den Ausführungen des Urteils nicht zu folgen. — Hingegen ist beizufügen, dass auch der Elektroinstallateur, wie jeder Handwerker, sich damit abfinden muss, seinen Erwerb unter Umständen an einem andern Ort zu suchen, wenn sich am alten Platz keine Arbeitsmöglichkeiten mehr bieten.

Vgl. auch S. 99, Anm. 32.

³⁹ Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 65 f.

vor Erlass des UWG noch Bedeutung gehabt. Bei der Abwägung der Interessen hätte dann berücksichtigt werden müssen, dass sich das Werk mit der primären Monopolstellung kein wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht geschaffen hat, welches hätte geschützt werden müssen⁴⁰. Da aber das neue Recht nicht mehr auf den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit, sondern direkt auf die Grundsätze von Treu und Glauben abstellt, ist der Umstand, dass die Monopolstellung hinsichtlich der Energieversorgung nicht auf wirtschaftliche Tüchtigkeit, sondern auf Art. 46 Abs. 3 EIG zurückzuführen ist, unerheblich für die Entscheidung der Frage nach der Zulässigkeit der Ausnützung des primären Monopols zur Erlangung eines sekundären, das heisst für die Entscheidung der Frage nach der Zulässigkeit der Monopolklausel in den Energielieferungsverträgen eines privaten Elektrizitätswerks.

§ 7. Das Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im Verhältnis zu den Gesamtvereinbarungen

Hier sollen die Uebereinkommen zwischen wirtschaftlichen Interessenverbänden, im besonderen das Uebereinkommen zwischen dem Verband Schweizerischer Elektrizitätswerke (VSE) und dem Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen (VSEI) Gegenstand unserer Erwägungen bilden. War der einzelne Installateur den mächtigeren Elektrizitätswerken gegenüber noch zu schwach, um seinen Standpunkt erfolgreich durchsetzen zu können, so ist es einem Verband, zu dem sich die Gesamtheit der Elektroinstallateure zusammengeschlossen hat, viel eher möglich, den Interessengegnern gegenüber etwas zu erreichen. Die Erscheinung des Zusammenschlusses von Wirtschaftssubjekten mit gleichartigen Interessen zu Verbänden ist charakteristisch für das heutige Wirtschaftsleben.

Die wirtschaftlichen Interessenverbände gehen nun oft im Interesse ihrer Mitglieder Vereinbarungen mit Dritten ein; deshalb haben wir, bei der grossen Bedeutung, die dem Verbandswesen zukommt, noch kurz

⁴⁰ Ueber die Tendenzen, errungene Monopolstellungen durch die Konstruktion des unlauteren Wettbewerbes als Eingriff in die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte zu schützen, vgl. Germann S. 238 ff., 242.

auf diese Vereinbarungen von Wirtschaftsverbänden mit Drittpersonen (die selbst auch wieder Verbände sein können) zu sprechen zu kommen.

Die heute geltende Rechtsordnung kennt für die Gebilde der Gesamtvereinbarungen, der Abkommen zwischen Parteien, von denen die eine oder alle beide Wirtschaftsverbände sind, noch keine eigene, allgemeine Regelung¹. Lediglich auf dem speziellen Gebiete des Arbeitsrechtes finden sich Normen, die sich mit Vereinbarungen zwischen Interesseverbänden befassen; die korporativen Arbeitsnormenverträge oder, wie sie im schweizerischen Sprachgebrauch genannt werden, die Gesamtarbeitsverträge, haben denn auch schon zu grosse Bedeutung erlangt, als dass sie vom Gesetzgeber einfach unbeachtet bleiben konnten. Nicht nur der Gesetzgeber, sondern vor ihm schon die Doktrin und die Rechtsprechung haben sich ausgiebig mit den arbeitsrechtlichen Gesamtvereinbarungen zu befassen gehabt. Wenn wir nun über die Gesamtvereinbarungen einiges erwähnen wollen, sehen wir uns veranlasst, für unsere allgemein gehaltenen Erwägungen das spezielle Gebiet des Arbeitsrechtes (das in Gesetzgebung, Doktrin und Rechtsprechung bereits ausgedehnte Beachtung fand) gewissermassen als Vorbild zu nehmen; denn soviel schon die korporativen Arbeitsnormenverträge Beachtung fanden², so wenig Material findet sich für eine Betrachtung des Gebietes der allgemeinen Gesamtvereinbarungen. Wenn wir deshalb einige Gedankengänge, die in Bezug auf das Arbeitsrecht angewendet wurden, auch für das allgemeinere Gebiet anwenden können, dann wird dies uns eine grosse Hilfe sein; nur dürfen wir dabei nicht ausser Acht lassen, dass wir solche Ueberlegungen, die spezifisch auf das Gebiet der arbeitsrechtlichen Vereinbarungen zugeschnitten sind, nicht ohne weiteres auch auf die Gesamtvereinbarungen im allgemeinen anwenden können, wenn sie dort nicht am Platze sind.

Vorerst seien nun einige grundsätzliche Erwägungen über das Gebiet der Gesamtvereinbarungen angestellt; sodann ist auf die Vereinbarungen, die zwischen VSE und VSEI in bezug auf das uns beschäftigende Problem der Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen abgeschlossen wurde, einzutreten.

¹ Vgl. dazu Wackernagel in ZSR Bd. 49, S. 221.

² Ueber die arbeitsrechtliche Literatur vgl. vor allem Kaskel, Arbeitsrecht; Gysin, Arbeitsrecht; Schweingruber, Das Arbeitsrecht der Schweiz; Wackernagel, Die Konstruktion des Gesamtarbeitsvertrages, in ZSR Bd. 49, S. 181 ff.

I. Allgemeine Erwägungen; rechtliche Qualifikation der Gesamtvereinbarungen

Die erste Frage, die wir uns hier vorzulegen haben, ist die der rechtlichen Qualifikation der Gesamtvereinbarungen: Stellt die Gesamtvereinbarung einen rechtlich verbindlichen Vertrag dar oder ist sie bloss eine rechtlich unverbindliche Uebereinkunft? Die Antwort auf diese Frage kann nur im konkreten Fall gegeben werden: Anhand der konkreten Vereinbarung ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Parteien einen Vertrag eingehen oder bloss eine unverbindliche Uebereinkunft treffen wollten. Für das Zustandekommen eines Vertrages braucht es eine rechtliche Absicht der Parteien; die Parteien müssen den Eintritt von Rechtsfolgen im Anschluss an die von ihnen abgegebenen Willenserklärungen gewollt haben³. Nun verhält es sich ja im täglichen Leben so, dass bei Vereinbarungen in der Regel die rechtliche Absicht vermutet wird und dass aus diesem Grund in der Regel an die Willenserklärungen der Parteien Rechtsfolgen geknüpft werden⁴. Wird aber beim Eingehen einer Vereinbarung der Eintritt von Rechtsfolgen abgelehnt, oder ergibt sich aus den Umständen, dass die Parteien den Eintritt von Rechtsfolgen nicht gewollt haben, dann ist die eingegangene Vereinbarung nicht als Rechtsgeschäft zu klassieren. Es ist dabei nicht etwa so, dass die blosser Uebereinkunft unverbindlich ist, weil ihr ein Willensmangel zugrunde liegt, sondern die Parteien wollten genau das, was sie erklärten, aber sie wollten durch ihre Erklärung nicht gebunden sein. Die Unverbindlichkeit der Uebereinkunft ergibt sich nicht aus einem Willensmangel, sondern aus dem Fehlen der rechtlichen Absicht. Fehlte die rechtliche Absicht auf Seiten nur einer Partei, so ist dann kein Rechtsgeschäft zustandegekommen, wenn die Gegenpartei um das Fehlen der Rechtsabsicht wusste oder hätte wissen müssen. Ein Rechtsverhältnis kann nur dann zustandegekommen, wenn die eine Partei die fehlende Rechtsabsicht auf Seite der Gegenpartei nicht gekannt hat und nicht hat kennen können. Das ergibt sich aus der in Art. 2 ZGB zum Ausdruck gelangenden Vertrauensheorie⁵.

³ Vgl. dazu von Tuhr-Sieewart S. 144.

⁴ Nicht ganz klar ist die Formulierung bei Guhl S. 75: Nach Guhl gilt als Rechtsabsicht schon die jedem vernünftigen Menschen bekannte Tatsache, dass in einem geordneten Staatswesen an die Willenserklärungen Rechtsfolgen geknüpft werden.

⁵ Vgl. dazu Egger, in Eggers Kommentar zum ZGB, Art. 2, Note 13.

A) Die Gesamtvereinbarung stellt sich dar als ein Vertrag

Verträge stellen das gebräuchlichste Mittel dar, unter Zuhilfenahme dessen das Rechtssubjekt seine Geschäfte tätigt. Diese Geschäfte tätigt das Rechtssubjekt in der Absicht, seine Bedürfnisse zu befriedigen; nur ausnahmsweise werden durch Verträge die Interessen eines Dritten wahrgenommen. Als eine dieser Ausnahmen, wo durch Rechtsgeschäft nicht eigene, sondern fremde Interessen wahrgenommen werden, können wir auch diejenigen Rechtsgeschäfte, welche von den wirtschaftlichen Interessenverbänden eingegangen werden, betrachten. Die Wirtschaftsverbände vertreten ja die Interessen ihrer Mitglieder; eigene Interessen besitzen sie im Grunde genommen nicht⁶. Aus diesem Grunde ist eine gewisse Besonderheit der Verträge, die von wirtschaftlichen Interessenverbänden eingegangen werden, gegenüber den normalen schuldrechtlichen Kontrakten nicht zu bestreiten. Aus diesem Grunde und deshalb, weil der Gesetzgeber ausser für das spezielle Gebiet des Arbeitsrechtes keine Normen über die Materie der Gesamtvereinbarungen erlassen hat, sind gewisse Konstruktionen vorzunehmen, um den Besonderheiten der korporativen Verträge Rechnung zu tragen. Generell kann dabei nicht gesagt werden, welche der überhaupt möglichen Konstruktionen die zweckmässigste ist; das bestimmt sich im Einzelfall nach den Umständen. Bei der Qualifikation eines konkreten Vertrages ist die von den Vertragsparteien gewählte Konstruktion nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung zu bestimmen.

Wir wollen die hauptsächlich möglichen Konstruktionen kurz erwähnen:

⁶ Diese Bemerkung ist allerdings cum grano salis zu nehmen: Eigene Interessen des Verbandes bestehen in gewissem Sinne schon; zum Beispiel das Interesse daran, dass sich sämtliche Interessengemeinschafter dem Verbands anschliessen. Doch nicht zu bestreiten ist, dass der wirtschaftliche Interessenverband nicht um seiner selbst willen, sondern um seiner Mitglieder willen ins Leben gerufen wurde. Aus ebendiesem Grunde werden wir auch immer in einem Verband (vorausgesetzt, dass dieser Verband eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, was aber praktisch immer zutreffen wird) einen ideellen Verein zu erblicken haben: Der wirtschaftliche Interessenverband unterscheidet sich durch das Fehlen der Verfolgung eigener Zwecke (Gewinnabsicht) deutlich von den Handelsgesellschaften; weniger deutlich von den Genossenschaften. Für unsere Arbeit ist es nicht von Bedeutung, die wirtschaftlichen Interessenverbände eindeutig gegen die Handelsgesellschaften und Genossenschaften abzugrenzen. Hingegen wollen wir voraussetzen, dass der Verband eigene Rechtspersönlichkeit besitzt; für Interessengemeinschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit müssten andere Regeln Geltung haben.

1. Die Verbände schliessen den Vertrag als Vertreter ihrer Mitglieder (Vertretungstheorie). Im allgemeinen lehnten es Rechtsprechung und Doktrin ab, in den korporativen Arbeitsnormenverträgen Rechtsgeschäfte zu erblicken, die die Verbände als Vertreter ihrer Mitglieder eingegangen sein sollten⁷. Das braucht uns aber nicht unbedingt dazu zu bestimmen, für die allgemeinen Gesamtvereinbarungen die Vertretungstheorie schlechthin abzulehnen. In der Tat bringt jedoch eine Konstruktion, die in den Gesamtvereinbarungen einen von den Verbänden als Vertreter ihrer Mitglieder abgeschlossenen Vertrag erblickt, etliche Schwierigkeiten mit sich; Vertragsparteien sind in diesem Fall nämlich die Mitglieder der Verbände. Daraus ergibt sich, dass nur die Verbandsmitglieder an den Vertrag gebunden sind, nicht aber die Verbände selbst; diese können dem Inhalt des Vertrages, den sie angestrebt haben, zuwiderhandeln. Ebenso sind nur diejenigen Verbandsmitglieder an den korporativen Vertrag gebunden, die ihm zugestimmt haben; nicht daran gebunden sind diejenigen Mitglieder, die den Vertrag nicht genehmigt haben. Dies würde die unerfreuliche Konsequenz in sich schliessen, dass es zwei Kategorien von Verbandsmitgliedern gäbe. Endlich könnte auch ein Verbandsmitglied den Vertrag kündigen, währenddem andere Mitglieder ihn aufrecht erhalten wollten⁸. Im grossen Ganzen darf die Konstruktion, welche in einem korporativen Vertrag ein von den Verbänden in Vertretung ihrer Mitglieder abgeschlossenes Rechtsgeschäft erblicken will, als nicht sehr zweckmässig betrachtet werden. In Wirklichkeit wird der Wille der Vertragschliessenden deshalb selten auf einen Gesamtvertrag im Sinne der Vertretungstheorie gehen.

2. Eine glücklichere Konstruktion finden wir in der Annahme, die Verbände seien den Vertrag kraft eigenen Rechts eingegangen (Verbandstheorie). Bei Annahme der Verbandstheorie wird den praktischen Verhältnissen in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle eher Rechnung getragen als bei Annahme der Vertretungstheorie.

a) Die Vertragsparteien

Partei ist der Verband; er handelt selbst und in eigenem Namen. Die Verbandsmitglieder sind selbst nicht Partei. Möglich ist, dass beide Parteien wirtschaftliche Interessenverbände darstellen; korporative Ver-

⁷ Vgl. dazu beispielsweise Kaskel, Arbeitsrecht, S. 44.

⁸ Vgl. zu diesen Fragen Kaskel, Arbeitsrecht, S. 44.

träge können aber auch dann vorliegen, wenn nur die eine Partei ein Verband ist.

b) Der Kreis der Berechtigten und Verpflichteten

Aus dem korporativen Vertrag berechtigt, das heisst befugt, die Erfüllung des Vertrages zu verlangen, können sein:

α) der Verband selbst. Das ist natürlich, denn er ist Vertragspartei; ihm gegenüber wurde eine Verpflichtung eingegangen.

β) das einzelne Verbandsmitglied. Möglich ist ja auch, dass die Verbände den Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten ihrer Mitglieder, eingegangen sind. Die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter ist dort überaus wertvoll, wo den einzelnen Verbandsmitgliedern die Aktivlegitimation zur Klageerhebung auf Vertragserfüllung zugestanden werden soll.

Aus dem korporativen Vertrag verpflichtet ist aber nur die Vertragspartei selbst, das heisst, verpflichtet sind nur die Verbände. Das schweizerische Recht kennt keinen Vertrag zu Lasten Dritter, deshalb können die Verbände nicht kraft eigenen Rechts Verpflichtungen für ihre Mitglieder eingehen.

c) Der Inhalt des Vertrages

Die Doktrin pflegte den Inhalt eines korporativen Arbeitsnormenvertrages in zwei bis drei Teile zu klassieren: In einen Normativteil, einen schuldrechtlichen Teil und in einen fakultativen Teil. Normative Bestimmungen eines korporativen Arbeitsnormenvertrages (Vertrag zwischen einem Verband und einem Dritten) sind solche, die an Stelle eines Einzelarbeitsvertrages (Vertrag zwischen Verbandsmitglied und dem Dritten) treten können⁹. Um in einem korporativen Vertrag normative Bestimmungen statuieren zu können, muss vernünftigerweise ein Einzelrechtsverhältnis zwischen den Verbandsmitgliedern und dem Vertragskontrahenten (oder auch, wenn dieser Vertragskontrahent selbst ein Verband ist, zwischen den Mitgliedern beider Verbände) bestehen, auf das sich die normativen Bestimmungen beziehen, auf das sie angewendet werden können. Sofern nun ein solches Einzel-Rechtsverhältnis besteht,

⁹ Vgl. dazu Gysin, S. 75 ff.

ist es durchaus vernünftig, auch in einem allgemeinen korporativen Vertrag einen normativen Teil anzuerkennen. Schuldrechtliche Bestimmungen eines korporativen Verbandes sind solche, die die Erfüllung des normativen Teiles sichern wollen (die Kontrahenten gehen schuldrechtliche Verpflichtungen ein, die als Sicherung gegen die Nichtbeachtung der normativen Bestimmungen dienen); andererseits gibt es auch schuldrechtliche Bestimmungen, die Gegenstand eines beliebigen, normalen Kontraktes sein könnten¹⁰. Die dritte Gruppe der fakultativen Normen des Vertrages besteht aus Bestimmungen, die weder dem schuldrechtlichen noch dem normativen Teil des Vertrags zuzurechnen sind; mit diesen Bestimmungen des fakultativen Vertragsteiles haben wir uns überhaupt nicht zu befassen.

α) Ueber die normativen Bestimmungen eines korporativen Vertrages kann nichts Generelles gesagt werden. Der Inhalt des normativen Vertragsteiles ist ganz durch die konkreten Umstände bedingt: Durch den Zweck, den die Verbände befolgen, durch den Zweck auch, den der korporative Vertrag erfüllen soll.

β) Die arbeitsrechtliche Doktrin pflegte den schuldrechtlichen Vertragsteil zu gliedern in:

αα) Spezielle schuldrechtliche Verpflichtungen.

Der Inhalt der ausdrücklich erwähnten schuldrechtlichen Bestimmungen ist ebenfalls durch die konkreten Umstände bedingt. Die speziellen obligatorischen Bestimmungen sind mannigfaltiger Natur: So ist z. B. die Verabredung einer Konventionalstrafe dazu zu zählen; ebenso gehören die Bestimmungen, die besagen, wer als Kontrahent eines Einzelrechtsverhältnisses in Frage kommen kann, dazu¹¹.

ββ) Allgemeine, dem korporativen Arbeitsnormenvertrag immanente Einwirkungs- und Friedenspflichten.

Da die Verbände den Vertrag im Interesse ihrer Mitglieder eingegangen, aber aus dem korporativen Vertrag nur die Verbände, nicht auch ihre Mitglieder verpflichtet sind, muss vernünftigerweise den Verbänden die Verpflichtung auferlegt werden auf ihre Mitglieder einzuwirken, die im korporativen Vertrag enthaltenen Bestimmungen einzuhalten (Einwirkungspflicht)¹². Ebenso ergibt sich aus dem Wesen des korpo-

¹⁰ Vgl. dazu Gysin S. 78 ff.

¹¹ Vgl. dazu Kaskel S. 112; Gysin S. 80 f.

¹² Vgl. dazu Gysin S. 79. Eine Garantie, dass sich die Vertragsmitglieder tatsächlich entsprechend den Bestimmungen des korporativen Vertrages verhalten, ergibt sich nicht aus der Einwirkungspflicht; hingegen kann eine solche Garantie als

rativen Vertrages, dass Handlungen, die den im Vertrag getroffenen Abmachungen widersprechen, zu unterlassen sind (Friedenspflicht)¹³. Denn wenn schon durch die Verbände ein Vertrag (der notwendigerweise rechtliche Verbindlichkeit besitzt) eingegangen wurde und nicht nur eine unverbindliche Uebereinkunft, dann ist es nur folgerichtig, aus dem Willen zur Verpflichtung die Einwirkungs- und die Friedenspflicht abzuleiten, auch wenn diese Pflichten nirgends ausdrücklich statuiert sind.

Eine solche Gliederung in allgemeine und spezielle schuldrechtliche Teile ist nicht nur für die korporativen Arbeitsnormenverträge, sondern überhaupt für die Gesamtverträge im Allgemeinen vernünftig.

B) Die Gesamtvereinbarung stellt sich dar als eine rechtlich unverbindliche Uebereinkunft

Ueber die rechtlich unverbindliche Uebereinkunft gibt es iuristisch nicht viel zu sagen. Als Hauptbeispiele für solche unverbindlichen Abmachungen seien angeführt: Richtlinien, nach denen zwei Rechtssubjekte ihr Verhalten einstellen wollen, aber nicht daran gebunden sein wollen. Des weiteren sind auch die Typenverträge, die Vertragsschemata hierhinzurechnen. Selbstverständlich entstehen aus einer solchen Abmachung keine klagbaren Rechte.

II. Die zwischen dem VSE und dem VSEI getroffenen Abmachungen betreffend die Erteilung von Installationsbewilligungen

A) Charakter und Rechtsnatur der Uebereinkunft

Zur Regelung der Frage der Erteilung einer Bewilligung zur Ausführung von Installationsarbeiten und für den Verkauf von Energieverbrauchskörpern hat der VSEI mit dem VSE die Vereinbarung vom 2. Dezember 1932 abgeschlossen¹⁴. Die «Normalbedingungen für die Erteilung der Bewilligung zur Ausführung von elektrischen Installationen», wie diese Vereinbarung genannt wird, ist als rechtlich unverbindliche Uebereinkunft, nicht als Vertrag zu charakterisieren. Zwar sind

spezielle obligatorische Verpflichtung übernommen werden. Vgl. dazu Kaskel S. 110 ff., Anm. 3.

¹³ Vgl. dazu Gysin S. 80; Schweingruber S. 82 f.

¹⁴ Die Ueberlegungen, die sich mit den «Normalbedingungen» als Gesamtvereinbarung befassen, sind wohl zu trennen von den Erwägungen, die wir bei der Betrachtung der «Normalbedingungen» als Vorbild für die von den Elektrizitätswerken zu erlassenden Polizeivorschriften anstellten.

die Parteien, der VSEI und der VSE, willens, das Rechtsverhältnis zwischen ihren Mitgliedern — Elektroinstallationsfirmen einerseits und Elektrizitätswerken anderseits — gemäss den «Normalbedingungen» auszugestalten. Die Parteien haben ihren Willen geäussert, sie haben die von ihnen angestrebte Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Elektrizitätswerken und Installateuren schriftlich fixiert und publiziert. Aber keine der beiden Parteien wollte sich rechtlich verpflichten; die Uebereinkunft sollte lediglich als Schema für die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse¹⁵ zwischen den Verbandsmitgliedern gelten. Dies war von jeher der Wille der Parteien und ergibt sich auch aus Abfassung und Redaktion der Vereinbarung.

B) Inhalt der Uebereinkunft

Neben den Bestimmungen die als Vorbilder für die zwischen den Verbandsmitgliedern einzugehenden Einzelrechtsverhältnisse dienen (Vorbilder für diejenigen Bestimmungen, die das Einzelrechtsverhältnis ausmachen werden; bei einem korporativen Vertrag würde man von normativen Bestimmungen sprechen), enthalten die «Normalbedingungen» auch andere Regeln, die nicht das Einzelrechtsverhältnis, das zwischen den Verbandsmitgliedern eingegangen wird, betreffen, sondern die die Voraussetzungen für die Entstehung des Einzelrechtsverhältnisses regeln (bei einem korporativen Vertrag gehörten diese Bestimmungen zum schuldrechtlichen Vertragsteil). Die Vorschriften, die als Vorbild für das Einzelrechtsverhältnis bestehen, haben für unser Problem keine grosse Bedeutung; sie enthalten Regeln über die Ausführung von Arbeiten, über die Preisgestaltung, über den Verkehr der Elektroinstallateure mit den Elektrizitätswerken etc. Mehr Aufmerksamkeit verdienen dagegen die Bestimmungen, die sich mit den Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtsverhältnisses, das heisst, für die Erteilung einer Bewilligung zur Ausführung von Installationsarbeiten und für den Verkauf von Energieverbrauchskörpern befassen¹⁶.

VSE und VSEI haben vereinbart, dass nur an fachkundige Personen

¹⁵ In den «Normalbedingungen» wird die zwischen den einzelnen Verbandsmitgliedern eingegangene Einzelvereinbarung als «Rechtsverhältnis» bezeichnet (Art. 1 Abs. 1). Dass zwischen den Werken und den im Besitze einer Installationsbewilligung stehenden Installateuren ein Rechtsverhältnis besteht, scheint mir richtig zu sein; um einen Vertrag handelt es sich aber nicht.

¹⁶ In der Erteilung einer Bewilligung zur Ausführung von Installationsarbeiten ist auch inbegriffen eine Bewilligung für den Verkauf von Stromverbrauchsgegenständen; vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 4 Abs. 1.

Installationsbewilligungen erteilt werden sollen. Als fachkundig im Sinne der Vereinbarung gelten diejenigen Personen, die die Meisterprüfung für Elektroinstallateure bestanden haben¹⁷. Das Elektrizitätswerk behält sich daneben vor, selbst auch Installationsarbeiten auszuführen¹⁸. Installationsbewilligungen sollen ferner nur erteilt werden an Personen, die im Handelsregister eingetragen sind, die in bürgerlichen Rechten und Ehren stehen, die sich eines moralisch und finanziell anständigen Geschäftsgebarens befleißigen, die über ausreichende Mittel zur Führung eines Installationsgeschäftes verfügen und die die Installationstätigkeit als Hauptberuf ausüben; von Ausländern soll ausserdem Niederlassung in der Schweiz seit mindestens drei Jahren gefordert werden¹⁹. Von Elektroinstallationsfirmen, die keine Einzelfirmen sind, wird verlangt, dass ein fachkundiger Mitarbeiter in leitender Stellung tätig ist²⁰. Schliesslich soll auch die Führung eines Installationsgeschäftes zur Voraussetzung der Erteilung einer Installationsbewilligung gemacht werden²¹.

Soweit die «Normalbedingungen» als Gesamtvereinbarung zwischen dem VSE und dem VSEI²². Nicht nur als Vorbild für Polizeivorschriften²³, sondern auch als Gesamtvereinbarung sind die «Normalbedingungen» durch die Revision der Starkstromverordnung veraltet; denn es hat keinen Sinn, ein Schema für Einzelrechtsverhältnisse aufzustellen, wenn die Einzelrechtsverhältnisse dann doch nicht entsprechend dem Schema ausgestaltet werden können, weil sie sonst gegen gesetzliche Vorschriften verstossen würden.

¹⁷ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a) Abs. 1; eine Ausnahme davon in Art. 2 lit. a) Abs. 4.

¹⁸ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 1 Abs. 2.

¹⁹ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a) Abs. 1.

²⁰ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. a) Abs. 2.

²¹ Vgl. dazu «Normalbedingungen», Art. 2 lit. b).

²² Da wir die «Normalbedingungen» als unverbindliche Uebereinkunft, als blosse Richtlinie für die Erteilung von Installationsbewilligungen erkannt haben, verzichten wir darauf, auf gewisse Fragen noch näher einzutreten, die sich stellen würden, wenn die Gesamtvereinbarung als verbindliches Rechtsgeschäft eingegangen worden wäre. Man denke da beispielsweise an das Problem der Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen, die den VSE verpflichten, auf seine Mitglieder einzuwirken, Schranken, welche vor der Handels- und Gewerbebefreiheit nicht bestehen könnten, zu Ungunsten der freien Installationstätigkeit zu errichten. Solche Bestimmungen wären, wenigstens in bezug auf öffentliche Elektrizitätswerke, deshalb rechtswidrig, weil diese Elektrizitätswerke nicht Verpflichtungen übernehmen können, bei deren Erfüllung sie die Handels- und Gewerbebefreiheit verletzen würden. Auch auf die Frage, inwiefern der VSE überhaupt privatrechtliche Verträge eingehen kann, wollen wir hier nicht eintreten.

²³ Vgl. dazu S. 75, Anm. 45.

§ 8. Die Pflicht der Elektrizitätswerke zur Abgabe elektrischer Energie

Wir haben bis anhin stets die Beziehungen zwischen den Elektrizitätswerken und den Elektroinstallateuren, im letzten Paragraphen auch die Beziehungen zwischen den Interessenverbänden der Elektroinstallateure und der Elektrizitätswerke, betrachtet. Damit wären unsere Untersuchungen über die Frage der Beschränkungen des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen und des Rechtes auf den Verkauf von Energieverbrauchskörpern eigentlich abgeschlossen. Es seien aber auch über eine mit unserem Problem in engem Zusammenhang stehende Frage noch einige summarische Ueberlegungen angefügt. Durch eine Beschränkung des Rechtes auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen kann nicht nur der Elektroinstallateur, sondern auch der Energiekonsument in seinen Interessen betroffen werden: Die Statuierung der Monopolklausel in den Energielieferungsverträgen und Anstaltsregulativen durch die Elektrizitätswerke kann auch für den Strombezüger einschneidende Wirkungen haben, wird ihm doch mit dem Entzug der Energieabgabe gedroht. So ist denn die Frage nicht unberechtigt, ob und inwieweit die Elektrizitätswerke verhalten werden können, Strom an die Energiebezüger abzugeben, selbst wenn sie von sich aus die Abgabe verweigern wollen. Eine solche Pflicht zur Energieabgabe ist oft auch als Kontrahierungszwang der Elektrizitätswerke bezeichnet worden; dies nicht ganz zutreffend, denn genau genommen ist der Kontrahierungszwang ein Zwang zum Abschluss eines Vertrages; die Pflicht soll nicht direkt auf Leistung gehen, sondern durch den Kontrahierungszwang soll das Eingehen einer Verpflichtung im Rahmen eines bürgerlichrechtlichen Kontraktes erreicht werden¹. Da das Rechtsverhältnis der Energielieferung nun nicht schlechthin einen bürgerlichrechtlichen Vertrag darstellen muss, sondern beispielsweise auch als Anstaltsnutzung ausgebaut sein kann, wollen wir unsere Betrachtungen nicht nur auf diejenigen Fälle beziehen, da das Elektrizitätswerk gehalten sein kann, einen Energielieferungsvertrag einzugehen; sondern wir wollen ganz allgemein die Pflicht zur Stromabgabe, sei es im Rahmen eines Vertrages, sei es als Anstaltsnutzung, betrachten.

Die Energieabgabepflicht der Elektrizitätswerke ist schon häufig Ge-

¹ Vgl. dazu Feer S. 40 ff., 44 ff.

genstand von Diskussionen und Darlegungen gewesen²; dabei wurde das Bestehen einer Energieabgabepflicht zwar meist verneint, doch wurde im allgemeinen das Unbefriedigende des Zustandes, dass der tatsächlichen Monopolstellung der Elektrizitätswerke nicht die entsprechenden Pflichten gegenüberstanden, nicht verkannt³. Die Kontroversen drehten sich allerdings mehr um die Frage einer allgemeinen Energielieferungspflicht als Korrelat zur tatsächlichen Monopolstellung. Besonders aktuell war das Postulat des Stromlieferungszwanges in den Fällen, da die Energieabgabe an bestimmte Bedingungen geknüpft wurde, wie etwa diese, dass Lichtstrom nur dann sollte bezogen werden können, wenn gleichzeitig auch Kraftstrom durch das Elektrizitätswerk bezogen wurde, oder dass den Interessenten für Spitzenenergie⁴ diese verweigert wurde, wenn sie nicht ihren gesamten Energiebedarf beim Elektrizitätswerk deckten. Auch kam es vor, dass die Energieabgabe an den Eigentümer einer Liegenschaft verweigert wurde, weil der frühere Eigentümer die vom Elektrizitätswerk gelieferte Energie oder die Ausführung von Installationsarbeiten nicht bezahlt hatte⁵. Gegenüber solchen Fällen von Verweigerung tritt der uns eigentlich interessierende Fall der Verweigerung der Energieabgabe wegen Zuwiderhandelns gegen die Monopolklausel an Bedeutung weit zurück. Der Grund dafür dürfte wohl darin zu suchen sein, dass es der Energiebezüger kaum je soweit kommen lassen wird, dass das Elektrizitätswerk ihm die Abgabe von Strom verweigert; der Energiebezüger wird sich der Monopolklausel unterwerfen. Er hat es ja in der Hand, durch Anerkennung der Monopolklausel (was ihm selbst keine Lasten aufbürdet) Unannehmlichkeiten zu vermeiden; er wird dies auch tun, wenn ihm nicht aus prinzipiellen Gründen daran gelegen ist, das Vorgehen der Elektrizitätswerke zu bekämpfen. Wir werden uns im Folgenden auf eine Untersuchung derjenigen Fälle beschränken, wo eine Verweigerung der Energieabgabe mit dem Recht auf Erstellung und Reparatur von elektrischen Hausinstallationen im Zusammenhang steht; das heisst, wir wollen an dieser Stelle lediglich

² Vgl. dazu Nipperdey, Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmissbrauch, sowie dort aufgeführte Literatur; Zwahlen, Le monopole... S. 12 ff.; Thesen des Energiekonsumentenverbandes von 1926; Verhandlungen des Schweizerischen Juristentages 1927, Referat und Korreferat niedergelegt in ZSR 1927, Anhang S. 1a) ff.

³ Vgl. dazu Fehr, Rechtsfragen S. 15 (Sonderdruck); Pflughart S. 32 ff.

⁴ Spitzenenergie: Die zu bestimmten Zeiten über den Durchschnittsverbrauch hinaus benötigte Energiemenge.

⁵ Vgl. dazu beispielsweise den Tatbestand, der dem Entscheid des Bundesgerichtes 42 I 180 ff. zugrunde lag.

prüfen, inwiefern das Elektrizitätswerk trotz einem Zuwiderhandeln gegen die Monopolklausel zur Abgabe von Strom verpflichtet ist. Dabei dürfen wir die Frage, ob eine Pflicht zur Energielieferung trotz dem Zuwiderhandeln gegen die Monopolklausel bestehe, nicht beantworten, ohne dass wir dabei auch den Grund, der zur Verweigerung der Energielieferung führte, gebührend berücksichtigen; auch haben wir unsere Ueberlegungen für private und öffentliche Werke gesondert anzustellen.

I. Energieabgabepflicht der öffentlichen Werke

Die Pflicht zur Abgabe elektrischer Energie ergibt sich für die öffentlichen Elektrizitätswerke aus ihrer öffentlichen Rechtsnatur⁶. Wir haben bereits oben, als wir eine Abgrenzung zwischen den Subjekten öffentlichrechtlichen Charakters und den Subjekten des Privatrechts vornahmen⁷, darauf hingewiesen, dass aus der Pflicht eines Verbandes zur Zweckerfüllung auf seinen öffentlichrechtlichen Charakter rückgeschlossen werden könne; das bedeutet, dass ein Verband mit öffentlichrechtlichem Charakter grundsätzlich zur Zweckerfüllung verpflichtet ist⁸. Es hätte sonst auch keinen Sinn, einen Gemeinbetrieb, ein Unternehmen des öffentlichen Rechts ins Leben zu rufen, wenn dieses dann nicht seine Aufgabe erfüllen müsste. Wenn nicht die Notwendigkeit unbedingter Befriedigung eines Bedürfnisses bestände, dann könnte der Betrieb ja ebensogut als privates Unternehmen aufgezo- gen werden. Wenn also ein Unternehmen als Gemeinbetrieb ins Leben gerufen wurde, dann ist grundsätzlich eine Verpflichtung zur Leistungserbringung gegeben. Aber nicht nur die Pflicht zur Zweckerfüllung ist dem Unternehmen öffentlichrechtlichen Charakters auferlegt, sondern daneben ergibt sich im Staate, der die Rechtsgleichheit anerkennt, auch die Pflicht für den Staat und die Subjekte des öffentlichen Rechts, alle Bürger unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Aus diesen beiden Pflichten zur Zweckerfüllung und zur rechtsgleichen Behandlung ergibt sich, dass der öffentliche Gewerbebetrieb grundsätzlich gehalten ist, allen seine Dienste in Anspruch nehmenden Bürgern diese Dienste zu gewähren. Unter gewissen Umständen besteht allerdings die Verpflichtung zur

⁶ Vgl. hiezu auch BGE 42 I 184; Nipperdey, Stromsperre... S. 2 ff.

⁷ Vgl. auch S. 29 f.; Anm. 11.

⁸ Vgl. dazu auch Hafter, Gmürs Kommentar zum ZGB, Art. 59, Note 3; etwas einseitig Rosin S. 18 f.

Dienstleistung nicht. Rechtsgleichheit besteht nämlich dann, wenn gleiche Behandlung bei gleichen Voraussetzungen erfolgt; eine gleiche Behandlung bei ungleichen Voraussetzungen würde ja Rechtsungleichheit bewirken⁹. Die Ungleichheit der Voraussetzungen muss dabei rechtlich erheblich sein; nicht jede kleinste Verschiedenheit der Umstände kann Grund für verschiedene Rechtsfolgen sein¹⁰; bis ganz ins Letzte gleichen sich ja zwei Tatbestände ohnehin nicht. Wenn wir also für das öffentliche Elektrizitätswerk eine Pflicht zur Energieabgabe anerkennen, dürfen wir das nur grundsätzlich tun. In bestimmten Fällen sind deshalb die Elektrizitätswerke berechtigt, ihrer Verpflichtung nicht nachzukommen, nämlich dann, wenn eine rechtlich erhebliche Verschiedenheit von den normalen Verhältnissen (bei deren Vorliegen eine Pflicht zur Energieabgabe besteht), wenn ein rechtlich erheblicher Grund zur Verweigerung der Energieabgabe an den Energiebezüger vorliegt.

Nipperdey macht in seinen Ausführungen über die Energieabgabepflicht¹¹ einen Unterschied zwischen den öffentlichen Elektrizitätswerken, bei denen die Energieabgabe in der öffentlichrechtlichen Form der Anstaltsnutzung erfolgt und den andern öffentlichen Werken, die mit ihren Energiekonsumenten in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis stehen. Eine solche Unterscheidung ist meines Erachtens unrichtig; die Rechtsnatur des Energielieferungsverhältnisses ist für die Frage, ob eine grundsätzliche Energieabgabepflicht besteht, nicht erheblich¹². Die Pflicht zur Stromlieferung kann ja nur das Rechtssubjekt, nicht etwa das Rechtsverhältnis treffen.

A) Das öffentliche Werk verweigert die Stromabgabe,

weil die Hausinstallationen in schlechtem Zustand sind oder durch nicht fachkundige Personen erstellt oder repariert wurden oder weil technisch mangelhafte Energieverbrauchskörper verwendet werden¹³. Eine solche Begründung zur Verweigerung der Energieabgabe ist durch berechnete

⁹ Vgl. dazu den grundlegenden Entscheid des Bundesgerichtes 6, 172 f.

¹⁰ Vgl. dazu Fleiner/Giacometti S. 406 f.

¹¹ Vgl. Nipperdey, Stromsperre S. 1 ff.

¹² In dieser Richtung scheinen auch die Ueberlegungen des Bundesgerichts zu gehen; vgl. dazu BGE 42 I 182 f.

¹³ Vgl. dazu beispielsweise Art. 7 Ziff. 2 des Normalreglements für die Abgabe elektrischer Energie; aufgestellt von der Kommission für Energietarife und genehmigt durch den Vorstand des VSE am 5. Dezember 1930; ferner Art. 6 Ziff. 3 und Art. 10 Ziff. 5 der Verordnung über die Abgabe elektrischer Energie durch das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich.

polizeiliche Motive gedeckt. Die Verweigerung der Stromabgabe ist nichts anderes als eine Polizeimassnahme. Unter diesen Umständen wird die Pflicht zur Energieabgabe aufgehoben; die polizeilichen Gründe für die Verweigerung dürfen zweifellos als rechtlich erheblich gelten.

B) Das öffentliche Elektrizitätswerk verweigert die Stromabgabe, weil der von ihm statuierten Monopolklausel zuwidergehandelt wurde

1. Das öffentliche Elektrizitätswerk durfte unter den gegebenen Umständen die Ausführung von Hausinstallationen monopolmässig an sich ziehen. Die Frage, die sich uns in diesem Falle stellt, ist die, ob das Zuwiderhandeln gegen die Monopolklausel als rechtlich erhebliche Verschiedenheit der Voraussetzungen für rechtsgleiche Behandlung, die eine allseitige Energieabgabe fordern, als rechtlich erheblicher Grund für eine Stromsperre gelten kann. Die vernünftigste Lösung für diesen Fall scheint mir zu sein, das Werk von der Pflicht zur Energielieferung nicht zu befreien, die Zuwiderhandlung aber durch andere Sanktionen (beispielsweise Busse, Schadenersatz etc.) zu ahnden. Währenddem eine Stromsperre aus polizeilichen Gründen praktisch nur einen vorübergehenden Zustand darstellen wird (der nämlich solange dauern wird, bis der Grund zur Verweigerung der Energieabgabe dahingefallen ist), würde eine Stromsperre, die wegen Zuwiderhandelns gegen die Monopolklausel errichtet wurde, einen Dauerzustand abgeben (denn der Verweigerungsgrund, nämlich das Zuwiderhandeln, kann gar nie mehr wegfallen). Wenn deshalb die Missachtung der Monopolklausel als erheblicher Grund für die Verweigerung der Energielieferung betrachtet würde, hätte das sehr unerfreuliche praktische Verhältnisse zur Folge. Ein Zuwiderhandeln gegen die Monopolklausel sollte nicht mit Stromsperre, sondern mit andern Sanktionen geahndet werden.

2. Das öffentliche Elektrizitätswerk war unter den gegebenen Verhältnissen nicht berechtigt, die Ausführung von Hausinstallationsarbeiten oder den Verkauf von Energieverbrauchskörpern monopolmässig an sich zu ziehen. In diesem Falle kann das öffentliche Elektrizitätswerk keine berechtigten Gründe für eine Verweigerung der Energieabgabe geltend machen. Es ist gehalten, seiner Energielieferungspflicht gegenüber den Konsumenten nachzukommen, selbst wenn diese die durch das Werk (unrechtmässig) statuierte Monopolklausel missachtet haben.

II. Energieabgabepflicht der privaten Werke

Die Verhältnisse um die Energieabgabepflicht liegen bei den privaten Elektrizitätswerken wesentlich komplizierter. Vorerst müssen wir einmal feststellen, dass das positive Recht in der Regel keine Bestimmungen kennt, die einem privaten Elektrizitätswerk eine Kontrahierungspflicht¹⁴ auferlegen¹⁵.

A) In einzelnen Fällen¹⁶ wird wohl an die Verleihung des Rechtes auf (Erzeugung)¹⁷, Uebertragung oder Verteilung elektrischer Energie an ein privates Werk die Bedingung geknüpft, dass dieses private Elektrizitätswerk sich zu allseitiger Abgabe von Energie verpflichte. So kann ein privates Werk aus diesem Grunde der Stromlieferungspflicht unterliegen¹⁸. Schwierig ist in dem Fall die Frage abzuklären, ob und inwieweit der Verpflichtung des Werkes aus der ihm bedingt erteilten Konzession ein Anspruch des Abonnenten auf Stromlieferung gegenüber steht. Die Ansichten hierüber sind geteilt¹⁹.

B) Umstritten ist, ob das private Elektrizitätswerk, dem durch die Konzessionserteilung keine Pflicht zur allseitigen Energieabgabe auferlegt wurde, einer solchen Pflicht nicht aus andern Gründen unter-

¹⁴ Hier dürfen wir nun von einer Kontrahierungspflicht sprechen, denn ein privates Elektrizitätswerk kann die Energie nur auf Grund eines Vertrages abgeben.

¹⁵ Vgl. hiezu Zwahlen, *Le monopole*... S. 14 ff.

¹⁶ Vgl. dazu Zwahlen, *Le monopole*... S. 17 unten.

¹⁷ Ob die Erzeugung von elektrischer Energie durch den Staat monopolisiert werden darf und das Recht hiezu allenfalls durch den Staat zu verleihen ist, ist umstritten. In der Schweiz ist aber praktisch in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle eine Konzession für die Erzeugung elektrischer Energie notwendig, auch wenn das Recht auf Erzeugung elektrischer Energie frei und nicht durch den Staat vorbehalten ist: Eine Konzession ist notwendig, um durch Nutzung der Wasserkräfte Energie produzieren zu können. Die Erteilung der Konzession geschieht in der Regel durch die Kantone; vgl. dazu Art. 38 des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916.

¹⁸ Näheres darüber bei Nipperdey, *Stromsperre*... S. 41 ff.; Nipperdey, *Kontrahierungszwang*... S. 48.

¹⁹ Vgl. dazu Nipperdey, *Stromsperre*... S. 43 ff. und dort erwähnte Zitate. Nicht ohne weiteres zutreffend ist die Ansicht, dass die an die Konzessionserteilung geknüpfte Verpflichtung als zivilistische Verpflichtung zugunsten Dritter (der Energiekonsumenten) betrachtet wird. Diese Ansicht wird vermutlich mehr wegen ihrer Zweckmässigkeit und Billigkeit vertreten, überzeugend ist sie nicht. Anderer Meinung ist von Thur, S. 257: «Ist in einer Konzession zu einem Gewerbebetrieb die Verpflichtung ausgesprochen, Verträge der betreffenden Art mit jedermann abzuschliessen, so entsteht daraus kein privatrechtlicher Anspruch eines Dritten auf Abschluss eines solchen Vertrags. Zuwiderhandeln gegen solche Konzessionsbedingungen kann nur ein Einschreiten der konzessierenden Behörde veranlassen.» — Meines Erachtens ist der Ansicht von Tuhr's beizutreten.

liegt²⁰. Meines Erachtens ist richtig, dass bloss deswegen, weil das Elektrizitätswerk eine faktische Monopolstellung innehat, noch kein Kontrahierungszwang anerkannt werden kann. Das wirtschaftliche Bedürfnis nach einer Nutzung von monopolisierten Leistungen ist keine Grundlage für einen rechtlichen Zwang, ein solcher kann nur auf einem Rechtssatz beruhen²¹.

Nipperdey will dann einen Kontrahierungszwang anerkennen, wenn die Verweigerung der Erbringung einer Leistung durch den Inhaber einer tatsächlichen Monopolstellung einen Verstoss gegen die guten Sitten darstellt²². Nipperdey argumentiert dabei folgendermassen: Die absichtliche Schadenszufügung in Verletzung der guten Sitten führt zur Schadenersatzpflicht (§ 826 BGB, Art. 41 Abs. 2 OR). Die guten Sitten stellen in diesem Fall mittelbares Recht dar; eine Sittenwürdigkeit ist deshalb in diesem Falle eine mittelbare Rechtswidrigkeit. Wenn nun das Gesetz eine Schadenersatzpflicht statuiert, so sagt Nipperdey, dann setzt es voraus, dass eine (mittelbare oder unmittelbare) Rechtspflicht zur Schadensverhütung bestehe²³. Das schadenstiftende Verhalten kann nach anerkannter Lehre auch in einer Unterlassung bestehen; und eine schadenstiftende Unterlassung führt dann zur Schadenersatzpflicht, wenn eine (unmittelbare oder mittelbare) Rechtspflicht zum Handeln bestanden hätte. Daraus soll sich ergeben, dass die gesetzliche Schadenersatzpflicht eine Schädigung durch Unterlassen verbietet und eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung durch Tun enthält; das Tun würde sich in diesem Falle als Eingehen eines Kontraktes darstellen.

Nicht zu bestreiten ist, dass eine gegen die guten Sitten verstossende, absichtliche, schadenzufügende Unterlassung eines Tuns zu Schadenersatzpflicht führt; das ist im Gesetz klar festgelegt (Art. 41 Abs. 2 OR)²⁴. Ob nun aber die im Gesetz statuierte Schadenersatzpflicht wirklich eine Pflicht zur Schadensverhütung enthält, wie Nipperdey behauptet, das heisst, ob wir annehmen dürfen, der Gesetzgeber habe mit

²⁰ Vgl. dazu Zwahlen, *Le monopole...* S. 18 f. und dort erwähnte Zitate; Carl, *Monopolstellung und Abschlusszwang*, JW Bd. 63, S. 1946; Stricker, *Energie-lieferungsvertrag* S. 59 ff.

²¹ Vgl. dazu auch Biermann S. 288; etwas anders bei Dernburg, *Das bürgerliche Recht...* Bd. 2, S. 217 f.

²² Vgl. dazu Nipperdey, *Kontrahierungszwang...* S. 53 ff.

²³ Vgl. dazu Nipperdey, *Kontrahierungszwang...* S. 56 f., 96 ff.

²⁴ Vgl. dazu Oser in Eggers Kommentar zum ZGB, Art. 41 OR Note 96 f.; Becker in Gmürs Kommentar zum ZGB, Art. 41 OR Note 112 betrachtet es als weniger selbstverständlich, dass bei absichtlichen, sittenwidrigen und schadenstiftenden Unterlassungen eine Ersatzpflicht Platz greift.

der Statuierung der Schadenersatzpflicht bei absichtlicher, sittenwidriger Schädigung infolge einer Unterlassung mehr als nur die Wiedergutmachung des Schadens, nämlich ein absolutes Verbot der sittenwidrigen, schadenstiftenden Unterlassung erlassen wollen, ist fraglich. Die Ersatzpflicht ist eine durch das Gesetz statuierte Rechtsfolge der Schädigung; die Ersatzpflicht f o l g t aus der Schädigung. Das heisst nun aber nicht, dass aus der Rechtsfolge der Ersatzpflicht auf das Bestehen eines Schädigungsverbotes rückzuschliessen sei. Meines Erachtens würde, wenn wir Nipperdey's Theorie anerkennen, in die Bestimmung des Art. 41 Abs. 2 OR etwas hineingelegt, was der Gesetzgeber nicht statuieren wollte²⁵; die Folgen der Anerkennung eines Kontrahierungszwanges aus Art. 41 Abs. 2 OR sind nicht leicht absehbar; eine gewisse Zurückhaltung mit dermassen tiefgreifenden Konstruktionen ist deshalb durchaus am Platze. Selbst wenn man aber auf Grund des Art. 41 Abs. 2 OR einen allgemeinen Kontrahierungszwang für private Unternehmen mit faktischer Monopolstellung anerkennen würde, wäre das private Elektrizitätswerk dem Kontrahierungszwang nicht mehr unterworfen, wenn sicherheitspolizeiliche Gründe oder die Missachtung der Monopolklausel Anlass zur Verweigerung der Energielieferung gaben. Denn bei der polizeilich motivierten Verweigerung kann nicht mehr von Sittenwidrigkeit gesprochen werden und damit kommt eine Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR ohnehin nicht mehr in Frage; ebenso haben wir weiter oben²⁶ abgelehnt, in der Statuierung der Monopolklausel durch ein privates Elektrizitätswerk eine unlautere, gegen Treu und Glauben verstossende Massnahme zu erblicken, so dass wir auch jetzt nicht einen Verstoss gegen die guten Sitten annehmen können, wenn das private Elektrizitätswerk anlässlich eines Zuwiderhandelns gegen die Monopolklausel die Abgabe von Energie verweigert.

Wir sind dazu gelangt, für die öffentlichen Elektrizitätswerke, die unter gewissen Umständen berechtigt sind, sich die Ausführung von Installationsarbeiten monopolmässig vorzubehalten, trotz einem Zuwiderhandeln gegen die vom Werk statuierte Monopolklausel die Energieabgabepflicht zu bejahen; für die privaten Werke bejahen wir eine

²⁵ Vgl. dazu auch von Tuhr — Siegwart S. 257: Anerkennung einer Schadenersatzpflicht bei grundloser Verweigerung einer lebenswichtigen Leistung; daraus wird aber nicht die Folgerung auf das Bestehen eines Kontrahierungszwanges gezogen. Ebenfalls zurückhaltend das Obergericht Zürich und das Bundesgericht (anhand desselben Streites), vgl. dazu BIZR 30; 133 und Praxis 20/374.

²⁶ Vgl. dazu S. 98 ff.

solche Pflicht unter den gleichen Umständen nicht. Dies ist durch die Verschiedenheit von privaten und öffentlichen Werken genügend gerechtfertigt: Die öffentlichen Elektrizitätswerke sind in ihrer Tätigkeit an Verordnungen und Vorschriften gebunden, sie hätten folglich auch die Stromsperre gegen einen der Monopolklausel zuwiderhandelnden Konsumenten strikte durchzuführen, wenn diese Stromsperre vorgesehen ist und sofern wir die Stromsperre unter diesen Umständen als zulässig anerkennen würden. Die privaten Werke sind hingegen in ihrer Tätigkeit nicht dermassen starr an Vorschriften gebunden wie die öffentlichen Werke. Nichts zwingt sie, die angedrohte Stromsperre auch tatsächlich durchzuführen; es ist hier im Gegenteil möglich, auf Grund von Verhandlungen mit dem Strombezüger zu einer Verständigung zu gelangen.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 28. Oktober 1926 in Zürich geboren und verbrachte in dieser Stadt meine ganze Jugendzeit. Ich besuchte die städtische Primarschule, darauf das kantonale Real-Gymnasium, wo ich im Jahre 1945 die Reifeprüfung bestand. Vor Aufnahme der Hochschulstudien absolvierte ich die Rekrutenschule. Meine iuristischen Studien betrieb ich mit Ausnahme des Sommersemesters 1948, da ich an der Faculté de Droit in Paris immatrikuliert war, an der Universität Zürich. Am 3. Mai 1952 bestand ich die Doktorprüfung.

